Die Untreue

im geltenden Reichsstrafgesetzbuch und in den deutschen Strafgesetzentwürfen.

Inaugural-Dissertation

zur
Erlangung der Doktorwürde
der
Rechtswissenschaftlichen Abteilung einer hohen
Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der
Eberhardt-Karl-Universität
zu
Tübingen

Vorgelegt von
Fritz-Herbert Oberstadt
Gerichtsreferendar aus Frankfurt a. Oder

1930

Gedruckt bei Joseph Hansen in Telgte i. Westf.

Referent: Professor Dr. Schoetensack.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Disposition.

A. Geschichtliche Entwicklung der Untreue.
§ 1. Römisches Recht.
§ 2. Aelteres deutsches Recht bis zum 18. Jahrhundert.
§ 3. Neueres deutsches Recht seit dem allgemeinen Landrecht.

B. Dogmatische Darstellung der Untreue des § 266. R. Str. G. B.
§ 4. Das Schutzobjekt der Untreue.
§ 5. Das Wesen der Untreue.
§ 6. Charakteristik der Täter nach § 266 R. Str. G. B.
I. Im allgemeinen.
II. Im besonderen.
a) Ziffer 1 des § 266.
b) Ziffer 3 des § 266.
c) Ziffer 2 des § 266.
§ 7. Der objektive Tatbestand des § 266.
a) Objektiver Tatbestand des Vergehens des § 266 Z. I. Begriff der Benachteiligung.
b) Objektiver Tatbestand der Ziffer 2.
c) Objektiver Tatbestand der Ziffer 3.
§ 8. Der subjektive Tatbestand des § 266 R. Str. G. B.
§ 9. Vollendung und Versuch.
§ 19. Das Verhältnis des § 266. R. Str. G. B. zu anderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Konkurrenzfragen.
§ 11. Der qualifiziert Fall des Absatz 2 des § 266. R. Str. G. B.
§ 12. Strafe. Zuständigkeit. Verjährung.
§ 13. Erweiterung des Tatbestandes.

C. Die Untreue de lege ferenda
§ 14. Die Untreue im Vorentwurf. (V. E.)
§ 15. Die Untreue im Gegenentwurf.
§ 16. Die Untreue im Kommissionsentwurf (K. E.) von 1913 und im Entwurf vnn 1919.
§ 17. Die Untreue im amtlichen Entwurf von 1925 und im Entwurf von 1927.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher, Kommentare, Monographien usw.

Allfeld Philipp: Lehrbuch des deutschen Strafrechts Leipzig Erlangen 1922.

Dr. H. A. (Appelius): Zum Tatbestand von Unterschlagung und Untreue in Goltdammers Archiv für Strafrecht Berlin 1888.

Ammon Herrmann: Die Untreue (§ 266 St. G. B.) Tübingen 1894.

Aschauer Wilhelm: Die Untreue im § 266 Str. G. B. und im § 277 des Vorentwurfes zu einem deutschen Strafgesetzbuch Leipziger Diss. Bremen 1918.

Beling: Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1925.

Berner: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1898.

Binding Karl: Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts. Leipzig 1907.

Binding Karl: Lehrbuch des gemeinen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. I. Leipzig 1902.

Binding: Die Behandlung der Schuld in dem deutschen Vorentwurf in „Der Gerichtssaal" Bd. 77.

Bumke: Die neuen Strafgesetzentwürfe in D.J.Z. Jahrgang 1921.

van Calker: Strafrecht München-Berlin. Leipzig 1927.

Cartier Robert: Der objektive Tatbestand der strafbaren Untreue mit besonderer Berücksichtigung des deutschen und schweizerischen Rechts nnd des Entwurfs eines schweizerischen Str. G. B. Diss. Bern. Basel 1902.

Dörr Friedrich: Deutsches Strafrecht. Berlin 1920.

Dörr: Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen. Breslau 1897

Draheim Otto: Untreue und Unterschlagung. Breslau 1901 in „Strafrechtliche Abhandlungen". Herausgegeben von Beling.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des R. G. 3. Aufl. 1925 (zit L. K.)

Ebermayer: Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch i. J. W. Jahrgang 1921.

Engelhardt Otto: Die Untreue. Würzburg 1902.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Marburg 1924.

Ensheimer: Die Untreue de lege ferenda. Heidelberg 1923.

Frank Reinhard: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz. Tübingen 1926.

Freudenthal: Die Untreue. (§ 266 R. Str. G. B. und Nebengesetze) in vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. VIII. Berlin 1906.

Gerland Heinrich: Deutsches Reichsstrafrecht. Leipzig 1922.

Grunow Franz: Die Untreue der Bevollmächtigten Str. G. B. § 266 Z. 2. Göttingen Dissert. Magdeburg 1897.

Hälschner Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 2. Bonn 1884.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrecht. Leipzig 1924.

Hegler: Die Systematik der Vermögensdelikte im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 9 und 10 herausgegeben von Kohler und Berolzheimer. Berlin, Leipzig 1916/1917.

Hergt: Zur Theorie der Begünstigung in „Der Gerichtssaal". Bd. 76. Stuttgart 1910.

Herrmann: Die Untreue des § 266 Str. G. B. und die verwandten Tatbestände in den Nebengesetzen, sowie ihre Behandlung in den deutschen Entwürfen. Kölner Diss. Berlin 1926.

Hirschfeld Hans: Veruntreuung und Untreue. Jena 1927.

Holtzendorff-Merkel: Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen I—III 1871—1874, IV. 1877.

Jung: Die Untreue nach dem Vorentwurf und den Entwürfen von 1913 und 1919 vgl. mit dem geltenden Recht. Erlangen 1921.

Kiesow: Die Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 15.

Kitzinger: Randbemerkungen zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuches in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 31. Berlin 1911.

Kleefisch: Der Parteiverrat im Amtl. Entwurf 1925 in Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. Bd. 20. Jahrgang 1926.

Koffka: Betrug und Untreue in „Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches" von Aschrott und Lisst. Bd. II. Besonderer Teil. Berlin 1910.

Kohler: Leitfaden des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.

Konrad Adolf: Die Untreue des Bevollmächtigten. (§ 266 Str.G.B.) Erlangen Diss. Rothenburg 1900.

König Heinrich: Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht (§ 266 Str. G. B.) und in den Entwürfen. Marburger Diss. Marburg 1928.

Koppelmann: Die Untreue im § 266 Str. G. B. unter besonderer Berücksichtigung der modernen Entwürfe zu einem neuen Str. G. B. sowie der neuen Entwürfe Oesterreichs und der Schweiz. Würzburger Diss. 1922.

Krause Hans: Die Untreue unter besonderer Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Entwürfe. Breslau 1925.

Kronecker: Bemerkungen zu einzelnen Urteilen des Reichsgerichts im Archiv für Strafrecht Begründet durch Dr. Goltdammer. Bd. 34. Berlin 1886.

Landmann-Rohmer: Kommentar zur Gewerbeordnung München 1928.

Leopold Hans: Zum Tatbestand der strafbaren Untreue. Breslau 1908.

v. Lilienthal: Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 30.

Lisst, v. Franz: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, besorgt von Eberhardt Schmidt. Berlin, Leipzig 1927.

Löning: Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Frankfurt a. M. 1885.

Löning: Der Vertragsbruch im deutschen Recht. Straßburg 1876.

Mannheim: „Untreue" in Reform des Strafrechts. Kritische Besprechungen des amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. Herausgegeben von Aschrott und Kohlrausch. Berlin, Leipzig 1926.

Mayer Hellmuth: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen. München, Leipzig, Berlin 1926.

Merkel: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.

Meyer: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 7. Aufl. 1911.

Mommsen Theodor: Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.

v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich Berlin 1927.

Oppenheim: Die Objekte des Verbrechens. 1894.

Oppenhoff-Delius: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1901.

Oetker: in Gerichtssaal Bd. 94.

Proskauer: Die Standesdelikte des Anwalts im neuen Strafgesetzentwurf. Bd. 1. Berlin 1925 in der Jur. Rundschau 1925.

Roder: Die Untreue nach den Entwürfen zu einem Str. G. B. vgl. mit dem geltenden Recht. Erlangen 1921.

Rubo: Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.

Sauer Wilhelm: Grundlagen des Strafrechts. Leipzig, Berlin 1921.

Schütze Reinhold: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Leipzig 1874.

Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1914.

Seidl: Die Untreue nach dem Vorentwurf zu einem D. R. St. G. (§ 277) und Gegenentwurf (§ 322.) München 1913.

Simonson: Der Begriff des Vorteils. Berlin 1889.

Sohm-Mitteis: Institutionen des römischen Rechts. München, Leipzig 1924.
Stemann: Die Vergehen der Unterschlagung und Untreue. Kiel 1870.
Unger Kurt: Die Untreue im § 266 R. Str. G. B. unter Berücksichtigung der modernen Entwürfe. Breslau 1916.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. München 1914.
Wahlberg: Gesetzgebungsfragen in betreffender strafbaren Untreue in gesammelten kleinen Schriften. Bd. 2. Wien 1877.
Wilda: Das Strafrecht der Germanen. Halle 1842.

II. Gesetzgebungen.

Goltdammer: Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Teil 2 Berlin. 1852.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (mit Begründung) Berlin 1909.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches mit Begründung. Berlin 1911.
Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch.
I. Teil Entwurf der Strafrechtskommission 1913.
II. Teil Entwurf von 1919.
III. Teil Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.
Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches.
I. Teil Entwurf. Berlin 1925.
II. Teil Begründung. Berlin 1925.
Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung und 2 Anlagen. Berlin 1927.
Schäfer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—1927. Mannheim 1927.

III. Zeitschriften und Entscheidungen.

Deutsche Juristen Zeitung. (cit D. J. Z.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (cit. E)
Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen (cit R. G. Z.)
Der Gerichtssaal, Zeitschrift für Zivil und Militär. Strafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen.
Juristische Wochenschrift (cit. J. W.)
Juristische Rundschau (cit. J. R.)
Goltdammer: Archiv für preußisches und deutsches Strafrecht (cit. G.)
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (cit. L. Z)
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen (cit. R.)
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung (cit. Seuff. Bl.)
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (cit. Z. St. W.)

A. Geschichtliche Entwicklung der Untreue.

§ 1. Römisches Recht.

Der Deliktstatbestand der Untreue des § 266 StrGB. hat seine Ausbildung erst in der Mitte des vorigen Jahrhunderts erfahren, doch lassen sich schon im Römischen Recht und in den früheren deutschen Rechts- und Gesetzbüchern Spuren und Anklänge finden, die dem Wesen der Untreue unseres Strafgesetzbuches in etwa entsprechen.

Die römischen Juristen ließen sich von dem Gedanken leiten, daß die Nichterfüllung einer obliegenden zivilrechtlichen oder prozessualen Verbindlichkeit oder die absichtliche Zuwiderhandlung nur regelmäßig auf zivilrechtlichem Wege gesühnt, nicht jedoch eine derartige Verletzung mit einer kriminellen Strafe, wie sich in § 266 unseres Strafgesetzbuches findet, bedroht werden solle. Die einzelnen Fälle, die man nach dem Stande unserer Gesetzgebung unter den Tatbestand der Untreue bringen würde, hatten nicht eine generalisierende Regelung erfahren, waren vielmehr als Einzelbestimmungen in den einzelnen Gesetzen verstreut.

So wurde gegen Untreue der Feldmesser, der falsche Messungen vornahm, eine acio in factum gegeben.

Gegen die Verletzung gewisser obligatorischer Vertragspflichten gab es wegen der in ihnen liegenden Verletzung der Treuepflicht die actiones famosae, die eine infamierende Wirkung im Gefolge hatten. Hierher sind zu rechnen z. B. die actio fiduciae, tutelae, mandati, depositi, pro sozio. Mit Recht behauptet Ammon,[1]) daß die Infamie stets eine Bestrafung, und zwar eine intensive Bestrafung des Vertrauensbruchs, in diesen Fällen darstellt, wenn man die schweren und unveränderlich fortdauernden Wirkungen derselben, welche in dem Verluste sämtlicher politischer Rechte des römischen Bürgers bestanden haben, in Betracht zieht. Bewirkte doch die Infamie den Verlust des ius auffragii, und des ius honorum, Beschränkungen des ius conubii und Beschränkungen vor Gericht, Anträge zu stellen.[2])

Wegen Unterschlagung von Mündelgut wurde gegen den ungetreuen Vormund die actio rationibus distrahendis gegeben, die auf das Doppelte des veruntreuten Wertes ging. (L. 55 § 1 D 26, 7). Eine dolose Verletzung der dem Vormunde obliegenden Verwaltungspflicht hatte die oben dargestellte Wirkung der Infamie zur Folge.[3])

---

[1]) a. a. O. S. 11
[2]) Anm. Sohm S. 192
[3]) Sohm a. a. O. 549

Neben dieser privatrechtlichen Regelung wurden über den ungetreuen Tutor und Kurator in einzelnen schweren Fällen auch öffentliche Strafen im Verfahren extra ordinem verhängt. (l 1 § 8 D 26, 10.)

Gleichfalls muß man zu den delicta publica das mit einer poena extra ordinaria belegte Delikt der praevaricatio rechnen, das als absichtliche Unterstützung des Prozeßgegeners durch denjenigen, der die Interessen seiner Partei wahrzunehmen beauftragt ist, zu charakterisieren ist. Subjekt des in der praevaricatio gelegenen Treubruchs kann sowohl der Ankläger wie auch der Advocatus sein. Die Handlung bestand in dem „diversam partem adiuvare prodita causa sua" (Ulpian Dig. 47, 15, 1).

In diesem Zusammenhange hat man endlich noch das furtum und das crimen stellionatus zu erwähnen. Unter dem furtum hat man jede rechtswidrige Aneignung von körperlichen Sachen in gewinnsüchtiger Absicht zu verstehen. Aus dem furtum entsprang die rein poenale actio furti auf Privatstrafe, deren Höhe das duplum des entzogenen Wertes betrug. „Der Stellionat war ein allen rechtswidrigen arglistig herbeigeführten Vermögensbenachteiligungen subsidaerer Verbrechensbegriff." [4])

Für jede absichtliche vermögensschädigende Tat durch Täuschung wurde die actio doli gegeben, die ebenfalls die Infamie nach sich zog, gegenüber anderen Delikten aber meist nur ein subsidiären Charakter hatte. [5])

Aufzuführen ist endlich noch das crimen residui, das sich als eine Aneignung von Staats- oder Gemeindegut darstellt, und zwar zum Unterschiede von dem peculatus durch den mit der Führung der staatlichen Geschäfte beauftragten Beamten.

§ 2 Aelteres deutsches Recht bis zum 18. Jahrhundert.

Auch dem älteren deutschen Rechte war der Deliktsbegriff Untreue, wie wir ihn heute im § 266 StrGB. haben, unbekannt. Das deutsche Recht begnügte sich in allen diesen Fällen mit einer privatrechtlichen Regelung, die Bestimmungen über die privatrechtliche Restitutionspflicht nebst den Vorschriften über den Schadenersatz wurden für ausreichend erachtet; zuweilen wurde in gewissen Schranken auch eine Selbsthilfe gewährt. Zwar wurde auf Grund älterer Forschungen [1]) die Ansicht vertreten, daß die Unterschlagung anvertrauter Sachen — gerade in diesem Falle handelt es sich um einen vorliegende Arbeit besonders interessierenden Fall des Vertrauensbruchs — als ein dem Diebstahle nahe verwandtes Delikt, nämlich ein diebliches Behalten, behandelt wurde; man kam zu dieser Ansicht auf Grund einer Stelle, die sich in der lex Visigi-

[4]) Anm. Cartier a. a. O. S. 73
[5]) Anm. Vergl. besnders die Ausführungen bei Sohm a. a. O. S. 221, 460—461, Cartier S. 74, Momsen S. 679, 680
[1]) Anm. Wilda a. a. O. S. 918, wozugleich Cropps Ausführungen wiedergegeben sind

thorum (Löning § 13 S. 98/100) fand und einer ähnlichen Stelle in der lex Bajuvorum. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht wurde auf Grund einer eingehenden Beweisführung von Löning [2]) in seiner Schrift über den „Vertragsbruch im deutschen Recht" dargelegt. Zwar war dem Recht der Volksrechte die mit Vertrauensbruch begangene Unterschlagung, das sogenannte diebliche Behalten, nicht fremd; es wurden hierzu aber nur die Fälle gezählt, in denen der Täter widerrechtlich die fremde Sache erworben hatte. Ist dieser jedoch mit Willen des Eigentümers in den Besitz der Sache gekommen, so kann von einem dieblichen Behalten nicht die Rede sein. Es bestehen in diesem Falle zwischen Eigentümer und Besitzer lediglich vertragliche Beziehungen; diese allein unterliegen einer Verletzung. Nur die Nichtinnehaltung der vom Richter gesetzten Rückgabepflicht sowie das Ableugnen der zu restituirenden Sache konnten prozessuale Strafen nach sich ziehen. Demnach wurden alle die Fälle, in welcher der Täter mit Willen des Eigentümers in den Besitz der Sache gekommen war, sie aber unter Verletzung der vertraglichen Rückgabepflicht nicht zurückgab, strafrechtlich nicht geahndet.

Wohl kommt zuweilen der Name „Untrüw, Untraw" vor, jedoch hat diese Bezeichnung nichts mit dem unsere Arbeit beschäftigenden Thema gemein. Hierunter haben wir vielmehr den Fall der Versetzung in Lebensgefahr derjenigen Person, die zu dem Täter in einem besonderen Treueverhältnis stand, zu verstehen. [3])

Einen weiteren Fortschritt in Bezug auf vorliegenden Rechtsbegriff bringt die peinliche Gerichtsordnung Karls V. durch die Artikel 115 und 170.

In Art. 115 finden wir die an das Römische Recht sich anlehnende Bestimmung über die praevaricatio; er bedroht „Procuratoren, so ihren Parteien zu Nachteil gefährlicherweise den Widerteilen zu Gut handeln" mit Strafe. Dieser Tatbestand erfuhr in der Lehrmeinung zeitweise eine sicherlich nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechende Ausdehnung, nach der nicht nur Advokaten, vielmehr auch Tutoren und Kuratoren in den Rahmen dieser Bestimmung fallen sollen. [4])

Art. 170 P.G.O. stellt denjenigen unter Strafe, welcher „mit eines andern Güter, die ihm in gutem Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben sein, williger und gefährlicherweise den Gläubigern zu Schaden handelt". In der Auslegung dieser Bestimmung ist man sich in der Literatur nicht einig. Der eine Teil von Schriftstellern will Art. 170 P.G.O. nur auf den Fall der Unterschlagung eines Depositum beschränken; Wahlberg (S. 193), Draheim (S. 7) und Grunow (S. 12) treten für eine extensive Interpretation ein und rechnen auch „den Vormund, den Bevollmächtigten, den Verwal-

---

[2]) ebenso Oetker a. a. O. S. 278

[3]) Anm. Anzuführen ist außerdem Schwabenspiegel c 53 (Herr und Mann die sich verklagen) c. 66 (Der Vormund, der zum Nachteil des Mündels handelt) c. 87 (Fürsprech, der zum Nachteil der Parteien handelt.)

[4]) Anm. Vergl. hinsichtlich dieser Streitfrage Ammon S. 17, Cartier S. 79

ter, kurz alle Rechtsverhältnisse, durch welche die vertragsmäßige Verpflichtung einer Zurückgabe des anvertrauten Gutes begründet wird", hierher. (Grunow S. 12.)

Für die Richtigkeit der ersteren Ansicht scheint Verfasser jedoch zu sprechen, daß bei der Fassung eines Gesetzestatbestandes die Fälle, die von ihm erfaßt werden sollen, kasuistisch behandelt werden, und später erst ein allgemeiner Tatbestand geschaffen wird, der alle Fälle, deren Formulierung in der Praxis erforderlich geworden ist, umfaßt. Als weiteres Argument für die hier vertretene Meinung möchte Verfasser anführen, daß in den Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 in Tit. 32 § 3 ausdrücklich der Fall der Untreue der Vormünder erwähnt wird; wird doch in diesen Verordnungen Strafe für einen Vormund angedroht, der seine dem Mündel gegenüber obliegende Verwaltungspflicht vernachlässigt. Wäre dieser Fall schon durch die Bestimmung des Art. 170 P.G.O. erfaßt, dann erübrigt sich nach Ansicht von Verfasser vorliegende Gesetzesbestimmung. [5])

§ 3. Neueres deutsches Recht seit dem allgemeinen Landrecht.

Während der Art. 170 P.G.O. den Fall der Unterschlagung anvertrauter Sachen und § 3 Tit. 32 R.P.O. den Fall der Untreue des Vormundes behandelten, sind im Preußischen Allgemeinen Landrecht diese Fälle in einer großen Anzahl von Tatbeständen, die als Fälle des qualifizierten Betruges behandelt sind, eingereiht.

Der Abschnitt 15 im 20. Titel des 2. Teiles A.L.R. behandelt die Vermögensbeschädigung durch strafbaren Eigennutz und Betrug. An dieser Stelle erfahren auch eine Reihe von Handlungen, denen die Verletzung eines meist anzunehmenden Treueverhältnisses eigen ist, in den §§ 1329—1376 im Anschluß an den qualifizierten Betrug ihre Behandlung. Während § 1329 [1]) eine Definition der Untreuehandlung bringt, zählt das Gesetzbuch in den folgenden §§ weitere Fälle strafbarer Untreuehandlungen auf. In der Mehrzahl der Untreuetatbestände werden die Unterschlagungen von anvertrauten Sachen behandelt, einige §§ behandeln jedoch den typischen Fall der Untreue, so insbesondere die §§ 1372, 1345/46, die Untreue des Bevollmächtigten gegen seinen Vollmachtgeber bezw. die Untreue des Privatverwalters gegen seine Herrschaft, so § 1331, der Kuratoren und Vormünder bestraft, die bei der Verwaltung des Mündelvermögens unkorrekt handeln. Bezüglich der §§ 1329 ff. besteht in der Literatur und Praxis eine Streitfrage, nämlich, ob in § 1329 ff. nur einige Beispiele angeführt werden sollen und daneben noch ein genereller Deliktstatbestand in § 1329 enthalten ist

[5]) Anm. Gleicher Ansicht Ammon S. 17, Cartier S. 80, König S. 12

[1]) Anm. Diese Strafe (§ 1328 des unter erschwerenden Umständen verübten Betrugs) trifft auch denjenigen, welcher außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch besondere Verpflichtungen, einen anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, auf sich hat und denselben gleichwohl hintergeht

oder ob nur die aufgezählten Fälle unter Strafe gestellt werden sollen. Die allgemeine Meinung hat sich zu Gunsten der zweiten Ansicht entschieden[2]).

Auf die weitere Fortbildung vorliegenden Deliktstatbestandes ist der Art. 408 des penal mit der Ueberschrift „abus de confiance" von Einfluß gewesen. In diesem Gesetzbuche ist der Untreuetatbestand zum ersten Mal zu einem selbständigen Delikt gestaltet worden. Art. 408 bestraft ganz allgemein denjenigen, „der Effekten, Gelder, Waren, Scheine, Quittungen oder andere eine Berechtigung oder Verpflichtung enthaltende oder bewirkende Schriften, die ihm als Depositum . . . mit der Verpflichtung übergeben worden sind, sie zurückzugeben . . . oder sie zu einem bestimmten Zwecke zu gebrauchen oder zu verwenden, zum Nachteil des Eigentümers entzieht oder preisgibt."

Unter dem Einfluß dieses Art. 408 des code penal erfährt der Tatbestand der Untreue auch in den deutschen Partikular-Strafgesetzbüchern seine Ausbildung. So enthalten die Strafgesetzbücher von Baden (1845) in den Art. 539/540, von Hannover (1840) in Art. 219 Bestimmungen, daß Vormünder und Curatoren, die absichtlich ihrem Pflegebefohlenen oder der ihnen anvertrauten Masse zum Nachteile handeln, bestraft werden sollen. Eine Erweiterung bringen die Strafgesetzbücher des Großherzogtums Hessen von 1841, der Freien Stadt Frankfurt a. M. von 1856, des Herzogtums Nassau von 1849, die neben den Vormündern und Curatoren auch noch Güterpfleger, Massekuratoren, und Testamentsvollstrecker, die zum Nachteil ihrer Pflegebefohlenen handeln, bestrafen.

Auch das Bayrische Strafgesetzbuch von 1813 behandelt die Untreue in 2 Kapiteln unter der Ueberschrift „von Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue".[3]) So werden im Buch II Kap. 6 § 295 einmal wegen Untreue Vormünder und Curatoren, welche ihren Pflegebefohlenen in rechtswidrigem Vorsatz zum Nachteil handeln, bestraft, zum anderen in Buch III Kap. 4 § 93 Bevollmächtigte, Verwalter, Geschäftsführer, Gesellschaftsgenossen, welche in dieser Eigenschaft absichtlich dem anderen zum Nachteil handeln. Charakteristisch ist allen diesen Bestimmungen, daß diese gegenüber einer eventuellen Bestrafung aus dem Gesichtspunkte der Unterschlagung oder des Betruges nur einen subsidiären Charakter haben sollen.

Für die Fassung des § 266 St.G.B. war jedoch von grundlegender Bedeutung die Entwicklung des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten von 1851, dessen Vorarbeiten sich auf die Zeit von 1827 bis 1850 erstrecken. Gegenüber dem Preußischen Allgemeinen Landrecht, in welchem die Veruntreuung, wie oben gezeigt, noch mit dem Rechtsbegriff der Untreue verquickt war, machte dieses Gesetzbuch zum ersten Male den Fortschritt, daß es die Fälle der Veruntreuung unter den weiteren Deliktstatbestand der Unterschlagung brachte. Auf einen besonderen Untreuetatbestand verzichtete man, da man die Regelung hinschtlich der Veruntreuung

---

[2]) Anm. Vergl. Ammon S. 18, König S. 13
[3]) Anm. Ebenfalls Oldenburgisches Strafgesetzbuch von 1814

für ausreichend hielt, um alle Fälle erfassen zu können, die unter dem Gesichtswinkel des Bruchs eines Vertrauensverhältnisses fallen. Man begnügte sich vielmehr in den Entwürfen bis zu dem Jahre 1836, die in dem Preußischen Allgemeinen Landrecht enthaltenen Bestimmungen zu wiederholen.

Der Entwurf von 1843 belegt in § 453 Bevollmächtigte, Rechtsbeistände, Haus- und Wirtschaftsbeamte, Gewerbegehilfen und Dienstboten . . ., wenn sie sich der Untreue schuldig machen, mit derselben Strafe, die auf die Unterschlagung steht.

Der Entwurf von 1845 dehnte den Begriff der Untreue auch auf die Verletzung rein persönlicher Rechte aus, jedoch wurden die Bevollmächtigten des Privatrechtes als nicht mehr strafwürdige Subjekte aus den Bestimmungen über die Untreue ausgeschieden.

Auch durch den Entwurf von 1846 kam es für vorliegenden Deliktstatbestand zu keiner Aenderung.

Der Entwurf von 1847 führte aber die Gewerbegehilfen, Hausdiener und Wirtschaftsbeamten wieder an, auch erfuhr der Tatbestand seine Regelung in einem besonderen Titel.

Der Entwurf von 1850 endlich wollte die Bestimmungen über die Untreue gänzlich streichen, da man der Ansicht war, daß man mit den Bestimmungen über Betrug und Unterschlagung auskommen könnte. Nach mancherlei Debatten wurde jedoch die Untreue wieder in das Gefüge des Entwurfs mit der Beschränkung aufgenommen, daß nur die unter öffentlicher Autorität wirkenden Personen unter Strafe gestellt werden sollen. In dieser Fassung erhielt dann die Untreue ihre endgültige Regelung in dem 22. Tit. § 246; im Uebrigen deckte sich in etwa der Personenkreis des § 246 mit dem der Ziff. 1 und 3 des § 266 R.St.G.B.

Erst das St.G.B. von 1871 nahm in § 266, Ziff. 2 die Untreue der Bevollmächtigten wieder auf. Man lehnte sich hier vornehmlich an den Art. 287 Abs. 2 des Sächsischen St.G.B. von 1855, 1868 an, der bestimmte: „Der Unterschlagung ist es gleich zu achten, wenn ein Geschäftsführer über die Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteile des Geschäftshern verfügt.“ [4]) Der Grund für die Annahme dieser Ziffer 2 war der, daß man sich in der Praxis darüber klar wurde, daß viele Fälle, von denen man annahm, daß sie sich unter dem Rechtsbegriff der Unterschlagung bringen ließen, in Wirklichkeit nicht hierher eingereiht werden konnten. Um strafwürdige Fälle nicht für straflos erklären zu müssen, und vornehmlich, um Treue und Glauben im Verkehr zu schützen, hat das Ober-Tribunal sich zu der fehlerhaften Ansicht bekannt, daß zu den fremden beweglichen Sachen auch Forderungen zu rechnen seien; auch bares Geld sollte nach dieser fehlerhaften Praxis eine fremde bewegliche Sache trotz der Bestim-

---

[4]) Anm. Die in der Literatur, namentlich von Cartier S. 87 vertretene Meinung, daß im Sächsischen Gesetzbuch zum ersten Male in Art. 287 Abs. 2 der Versuch gemacht sei, die Unterschlagung nach der Seite der Forderungen als taugliche Objekte zu ergänzen, ist wie Hirschfeld S. 10 nachweist, nicht richtig; fand sich doch schon eine ähnliche Bestimmung in dem Strafgesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgischen Lande

mungen über den Eigentumserwerb durch Vermischung bleiben, wenn beide Teile wollten, daß das Geld für den Empfänger ein fremder Gegenstand bleiben sollte. Man kam gleichsam zu einer Neuprägung eines strafrechtlichen „Eigentums". Durch die Einfügung der Ziff. 2 hoffte man diesen Fehler beseitigen zu können, was jedoch nicht in dem gewünschten Maße gelang. Die Ziff. 1 und 3 des § 266 des St.G.B. lehnen sich an die Bestimmungen des § 246 Pr.St.G.B. an; jedoch wird der Personenkreis der Ziff. 3 um einige Personen der Reichsgewerbeordnung vermehrt und unter der gemeinsamen Bestimmung des § 266 unter den Titel „Betrug und Untreue" in das Reichsstrafgesetzbuch eingeführt.

B. Dogmatische Darstellung der Untreue des § 266 Reichsstrafgesetzbuch.

§ 4. Das Schutzobjekt der Untreue.

In seiner Schrift über „Die Objekte des Verbrechens" spricht Oppenheim von Schutz- oder Angriffsobjekt. Nach seiner Definition ist „Schutzobjekt dasjenige Objekt (ein Zustand, Gefühl, Recht, eine Pflicht), welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird." [1]) Demgegenüber stellt er das Handlungsobjekt, an dem das Verbrechen unmittelbar begangen wird. Es ist viel umstritten worden, was bei unserem Deliktstatbestande als Schutzobjekt anzusehen ist, wenn auch der Streit immer mehr nur noch einen historischen Wert in sich birgt.

Oppenheim (S. 190) zieht aus der Bezeichnung der verbrecherischen Handlung als „Untreue" die Folgerung, daß für das Deutsche Strafgesetzbuch die obligatorischen Pflichten der Vormünder, der Güterpfleger usw. diejenigen Objekte sind, welche gegen Verletzung von Seiten ihrer Inhaber geschützt werden sollen. Im Falle des § 266 Nr. 2 ist nach ihm „die obligatorische Pflicht des Bevollmächtigten auf Erfüllung seines Auftrages" das Schutzobjekt.

Der Oppenheim'schen Ansicht steht Draheim [2]) nahe, wenn er sagt, daß „den im § 266 St.G.B. kriminalisierten Handlungen gemeinsam ist, daß sie notwendig eine Verletzung derjenigen obligatorischen Pflichten involvieren, die aus den in § 266 aufgezählten Rechtsverhältnissen resultieren". Nicht die Rechte, um derenwillen die Pflichten da sind, sondern gerade die Pflichten stehen im Vordergrunde des Interesses, sie sind die Schutzobjekte der Untreue, während man die diesen Pflichten entsprechenden Rechte als Schutzobjekte secundärer Natur zu bezeichaen hat.

Gegen die von Oppenheim und Draheim vertretene Ansicht lassen sich jedoch mancherlei Einwände erheben. Vornehmlich wendet sich Dörr [3]) gegen die ausgeführte Meinung. Nach ihm kann man bei den meisten Vermögensdelikten, bei gewissen Fällen des Diebstahls, bei den meisten Fällen der Unterschlagung, bei sämtlichen Fällen der qualifizierten Unterschlagung (Veruntreu-

---

[1]) 1 Oppenheim S. 194
[2]) Anm. A. A. O. S. 65
[3]) a. a. O. S. 51

ung) auch von einer Verletzung obligatorischer Pflichten sprechen; handelt es sich doch hier um eine Verletzung einer obligatorischen Pflicht, wenn der Depositar usw. die anvertraute Sache unterschlägt, der öffentliche Pfandleiher die von ihm in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nimmt. Trotzdem spricht man in diesen Fällen von Vermögensdelikten und niemand denkt daran, diese Pflichten zu einem Schutzobjekt zu erheben.

Auch weist Cartier [4]) darauf hin, daß man aus der Bezeichnung des Deliktes des § 266 als Untreue nicht sofort auf das Schutzobjekt schließen dürfe. In der Aufstellung dieses Deliktstatbestandes hat man sich das Preuß. St.G.B. als Vorbild genommen und auf diese Weise ist das Wort „Untreue" auch in unser geltendes Recht gekommen, vielleicht auch aus dem Grunde, daß „man einigermaßen eingebürgerte und schwer zu ersetzende termini technici nur ungern fallen läßt".

Es soll nicht bestritten werden, daß z. B. bei der Untreue die Verletzung des persönlichen Vertrauens, der Treubruch, für die Bestrafung seinerzeit vielleicht maßgebend war; aber als Angriffsobjekt kann man unmöglich jene Pflichten oder wenigstens nicht in erster Linie bezeichnen, den Charakter von sekundären Schutzobjekten will Verfasser ihnen jedoch nicht absprechen.

Nicht die obligatorischen Pflichten sind das primäre Schutzobjekt, sondern das Vermögen soll durch § 266 geschützt werden, da es dem Täter rechtlich möglich ist, in unzuträglicher Weise über fremdes Vermögen zu verfügen und so den eigentlichen Vermögensinhaber zu schädigen.

So hat man sich auch in der Mehrzahl in Literatur unnd Praxis auf den Standpunkt gestellt, daß das geschützte Rechtsgut in § 266 das Vermögen ist; doch lassen sich auch bei vorliegender Streitfrage Außenseiter feststellen, die die herrschende Meinung mit zumeist nicht stichhaltigen Gründen bekämpfen. So haben sich gerade bei vorliegendem Tatbestande mannigfaltige Streitigkeiten erhoben, denen nach Ansicht von Verfasser, wie schon oben gesagt, nur noch ein historischer Wert beizumessen ist, und die bei dem Stande der jetzt geltenden Rechtsprechung nicht mehr akut sind.

Die vermögensrechtliche Natur der Ziff. 2 des § 266 ist unbestritten; spricht doch das Gesetz ausdrücklich von Forderungen und anderen Vermögensstücken. Auch die Ziff. 3 umfaßt nur Personen, deren amtlicher Wirkungskreis sich auf Vermögensstücke bezieht. Vornehmlich dreht sich der Streit um die Ziff. 1 des § 266, deren ungenaue und unbestimmte Fassung, — wo von „Nachteilen, der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen" gesprochen wird, — noch eine andere Auslegungsmöglichkeit zuläßt. Ein Teil von Schriftstellern beschränkt den „Nachteil" im Sinne der Gesetzesziffer nicht auf einen Vermögensnachteil, wie die herrschende

[4]) Anm. S. 115

Lehrmeinung es annimmt, sondern vertritt eine extensive Interpretation derart, daß auch eine persönliche Benachteiligung des Mündels, z. B. Benachteiligung seiner Gesundheit, Ehre, Sittlichkeit in Betracht komme. So will Meyer [5]) unter dem Nachteil auch eine Vernachlässigung der Erziehung und sittlichen Entwicklung verstanden wissen. Hinsichtlich der Nr. 1, 2 und 3 des § 266 sagt Rubo: [6]) „es ist ausgeschlossen, den § 266 lediglich auf Benachteiligungen vermögensrechtlicher Art zu beschränken." Auch Ammon [7]) will aus dem Umstande, daß gerade das Wort „Nachteil" anstatt „Vermögensnachteil" gewählt ist, während im letzten Absatze von einem „Vermögensvorteil" gesprochen wird, die Folgerung ziehen, daß man für eine erweiternde Auslegung eintreten müsse.

Demgegenüber kann eingewandt werden, daß ja auch in Ziff. 2 — hier kann es sich ja nur um einen vermögensrechtlichen Nachteil handeln — nur von einem „Nachteil" gesprochen wird, ohne daß besonders der „Vermögensnachteil" hervorgehoben wurde.

Auch läßt sich der Ammon'schen These entgegensetzen, daß man in Abs. 2 nur den qualifizierenden Fall behandeln will, wo immer ein Vermögensvorteil zu fordern ist, im Gegensatz zum einfachen Tatbestande, wo der einfache Vermögensnachteil genügt.

Auch glaubt Verfasser, daß es nicht begründet ist, die Strafe aus dem Gesichtspunkte des Eigennutzes zu erhöhen, wenn Abs. 1 auch rein persönliche Benachteiligungen enthält; denn es lassen sich Fälle denken, die eine schärfere Bestrafung verdienen, als die bloß aus Eigennutz begangene Untreue, so z. B., wenn die Personen der Ziff. 1 von Haß, Rache, Neid oder Mißgunst sich leiten lassen.

Als weiteres Argument für die Richtigkeit der von ihm vertretenen Ansicht führt Ammon aus, daß es keinen Sinn habe, wenn der Gesetzgeber wirklich nur eine vermögensrechtliche Benachteiligung im Auge habe, „neben dem Handeln zum Nachteile der der Aufsicht anvertrauten Sachen noch besonders von einem solchen zum Nachteil der anvertrauten Personen zu reden."

Die Wendung „Personen oder Sachen" läßt sich ganz zwanglos daraus erklären, „daß sich das Wort „Person" auf diejenigen Subjekte der Ziff. 1 bezieht, die für die Personen die gesamte Vermögensverwaltung führen, und „Sache" auf diejenigen, welche nur eine Masse oder bestimmte Einzelsache zur Verwaltung haben. [8]) Derselben Ansicht ist Binding, [9]) wenn er sagt, „die Alternative „Personen oder Sachen" erklärt sich leicht daraus, daß an erster Stelle dem Vormund der Mündel, (scil. als personificierter Träger sämtlicher dem Vormund anvertrauter Vermögensobjekte) dem Testamentsvollstrecker und Sequester aber der Nachlaß oder ein

[5]) Anm. a. a. O. S. 632
[6]) Nr. 4 zu § 266
[7]) S. 44/45
[8]) Anm. Meyer S. 62
[9]) Bd. I S. 396

Grundstück anvertraut ist.“ Im ähnlichen Sinne spricht sich auch das R. G. [10]) aus. Nach ihm sind Person und Sachen unter Ziff. 1 des § 266 deshalb nebeneinander angeführt, „weil ein Teil der Personen, welche als zu besonderer Treue verpflichtet benannt sind, wie die Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter usw., eben nur mit der Sorge für anvertraute Sachen befaßt ist.“

Zu Gunsten der herrschenden Lehrmeinung spricht endlich der Umstand, daß nach dem Aufbau des § 266 die Tatbestände der einzelnen Ziff. als ein Ganzes aufzufassen sind, demnach auch das Objekt dasselbe sein muß. Wenn daher in Ziff. 2 und 3 das Vermögen das Schutzobjekt ist, so muß man wohl auch dasselbe von Ziff. 1 annehmen. — Ferner ist auch die Angliederung der Untreue an den Tatbestand des Betruges, also eines reinen Vermögensdeliktes, zu berücksichtigen. Binding sagt daher mit Recht, „ein krimineller Tatbestand, der das Verschiedenartigste, nach Ammon also den Schutz von vermögensrechtlichen und persönlichen Interessen — in sich begriffe, einfach ungeheuerlich sei.“

Verfasser möchte daher seine Meinung dahin festlegen, daß das Schutzobjekt des § 266 das Vermögen ist; er befindet sich mit dieser Ansicht im Einklang mit der Judikatur des R.G. [11]) und der Meinung der meisten Autoren. [12])

§ 5 Das Wesen der Untreue.

Eng verknüpft mit der Stellungnahme zu dem in § 266 angegriffenen Schutzobjekte ist auch die Beantwortung der Frage nach dem Wesen der Untreue. Hinsichtlich des Wesens der Untreue bestehen nicht nur im Grundgedanken, sondern auch in den Einzelfragen die mannigfaltigsten Streitigkeiten, jedoch lassen sich auch hier aus dem Konglomerat der Meinungen drei typische herausschälen.

Nach der ersten Ansicht, die namentlich von der Judikatur des R.G. [1]) getragen wird, aber auch in der Literatur [2]) häufig vertreten wird, hat man das Wesen der Untreue in dem Bruch des besonderen Treueverhältnisses der in Ziff. 1—3 genannten Personen zu erblikken. Als eine besondere Variation dieser „Treuebruchstheorie“ [3]) stellt sich die von Rechtsanwalt Mayer ausgeführte Ansicht dar.

Freudenthal, als der bedeutendste Vertreter der zweiten Ansicht, erblickt das Wesen der Untreue in der durch Verletzung der Rechtspflicht zur Fürsorge über fremdes Vermögen herbeigeführten

---

[10]) E. 16, S. 79—81
[11]) E. 16, 79; 23, 282; 27, 39; 14, 404; 61, 26
[12]) Frank, I. zu § 266; Olshausen N. 1 zu § 266; Binding S. 396; von Lisst S. 654; Berner S. 591; Mayer S. 64; Hälschner S. 393; Freudenthal S 110; Ebermayer N. 1, 1 zu § 266; Koppelmann § 3; Hirschfeld S. 17; Allfeld S. 486; Cartier S. 25; Wachenfeld S. 427; Draheim S. 41; Unger S. 12; Krause S. 3; Aschauer S. 11ff, Herrmann S. 17, A. M. Merkel, in H. H. 4, S. 440; Rubo S. 879; Schütze S. 478; Ammon S. 44ff
[1]) E. 17, 241; 1, 172; 14, 184; 20, 262; 41, 26; 29, 415
[2]) Ammon S. 1—7; Engelhard S. 11; Konrad S. 21; L. K. N. I, 2; Schwarz N. 1; Schütze S. 477; Allfeld S. 485
[3]) Anm. a. a. O. Cartier S. 100

Vermögensschädigung von Seiten eines, dem Personenkreise der Ziff. 1—3 angehörenden Untreuetäters. Derselben Gedankenrichtung gehören Oppenheim, der Urheber dieser Gedankengänge, Hälschner (II S. 393), Draheim (S. 65, 68), Olshausen (N. 1 zu § 266), Beling (S. 75), Berner (S. 591) an. [4])

Die dritte Ansicht, der Verfasser in seinen Ausführungen folgt, charakterisiert die Untreue im Anschluß an Binding (I S. 396) als Vermögungsbeschädigung durch Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht. Als Vertreter sind hier zu nennen neben Binding Frank (I § 266); Hegler (a. a. O. S. 252); Leopold (S. 12 ff.); Cartier (S. 3, S. 96 ff); Gerland (S. 517); Kohler (S. 126 ff); Hirschfeld (S. 27); König (S. 29); Dörr a. a. O.; Aschauer (S. 15); Wachenfeld (S. 427); Oetker (S. 281) und jetzt auch von Liszt-Schmidt (S. 654).

Unsere Aufgabe wird es demnach sein, des genaueren auf die einzelnen Ansichten einzugehen und ihr Für und Wider zu beleuchten.

Die herrschende Lehre erblickt, wie schon oben ausgeführt, das Wesen der Untreue in dem Bruch des besonderen Treueverhältnisses. Während im allgemeinen die Verletzung obligatorischer Verhältnisse nur eine zivilrechtliche Verantwortung nach sich zieht, hat man in dem Bruch des besonderen Treueverhältnisses nach Ansicht des R. G. und seiner Anhänger das die Strafbarkeit begründende Moment zu erblicken. So finden sich denn auch diese Gedanken in mannigfaltigen Entscheidungen des R. G. wieder. In der Entscheidung Band 17 S. 242 heißt es: „Die Vorschrift des § 266 stellt die Verletzung von Treue und Pflicht in dem Rechtsverhältnis zwischen Vormund und Mündel zum Schutze des Mündels unter besondere strafrechtliche Verantwortlichkeit, deren innerer Grund eben darin liegt, daß diese besondere Treue und Pflicht verletzt wird.“[5])

Auch in dem in Ziff. 2 bezeichneten Privatverhältnisse zwischen Machtgeber und Bevollmächtigtem soll gleich wie in der Ziff. 1 die Verletzung von Treue und Pflicht unter strafrechtliche Verantwortung gestellt sein. So spricht nicht das höchste Gericht im Bd. 38 S. 366 dahin aus: „Das Wesentliche der Straffestsetzung in § 266 Nr. 2 ist der Vertrauensbruch, die Verletzung der besonderen, dem Bevollmächtigten obliegenden Pflicht zur Treue.“ Im ähnlichen Sinne spricht das R. G. in Bd. 20 S. 264 „von einem Bruch besonderer Treueverhältnisse.“[6])

Daß der Untreuetäter in die Lage versetzt ist, rechtswirksam als Vertreter über das Gut des Vertretenen zu verfügen, berücksichtigt diese Auffassung nicht; die rechtliche Vertretungsmacht

---

[4]) Anm. Zum Teil neigen auch Ammon und Konrad dieser Ansicht zu; jedoch hat man nicht von Liszt-Schmidt hierher zu rechnen, der seine Meinung der der dritten angeglichen hat. S. 654

[5]) Anm. Ebenso Entscheidung 45, 434

[6]) Anm. Nach E. 41, 186—87 will der § 266 Str. G. B. nach seiner Entstehungsgeschichte und seinem inneren Grunde die Verletzung von Treue und Pflicht unter strafrechtliche Verantwortlichkeit stellen. Ebenso E. 3, 283; 26, 106

hat man nur als Voraussetzung für eine Bestrafung wegen Untreue zu bewerten. So kommt es, daß nach Ansicht des R.G. die in dem Vollmachtsverhältnisse liegende Treuepflicht selbst dann vorhanden ist, wenn das Vertrauensverhältnis nur tatsächlich besteht, die Vollmachtserteilung dagegen nach bürgerlichem Recht nichtig ist. Auch fordert das R.G. nicht, daß die benachteiligende Verfügung gerade innerhalb der Grenzen der Verfügungsbefugnis erfolgt; es genügt, wenn zwischen der vom Täter begangenen Handlung und der Verfügungsbefugnis ein Zusammenhang vorhanden ist. Würde der Bevollmächtigte beispielsweise sich ein ihm vom Vollmachtgeber geliehenes Buch aneignen, dann begeht dieser nur Unterschlagung, nicht aber Untreue, eben weil die Unterschlagungshandlung keinen Zusammenhang mit der Vollmacht hat [7]). Die Verfügung darf, wie das R.G. in Bd. 32 S. 26 sagt, nicht außerhalb jeden Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage stehen. So gelangt man in Ziff. 2, wie Olshausen [8]) mit Recht sagt, zum „Bevollmächtigten im strafrechtlichen Sinne".

Dieser vom R.G. vertretenen Treubruchstheorie kann man mit mancherlei gewichtigen Gründen entgegentreten. So weist Leopold [9]) mit Recht darauf hin, „daß das besondere Vertrauensverhältnis, die Verpflichtung des Täters zur Treue, die in allen Fällen des § 266 obwalten soll, dies ein so vager, juristisch unbestimmter Begriff sei, daß er auslegungstechnisch lieber garnicht verwertet werden sollte." Aber diese Charakterisierung ist nach heutiger Rechtsauffassung nicht mehr gerechfertigt. Angebracht könnte es noch bei den Personen der Ziff. 1 und 3 sein, von einem Vertrauensverhältnis zu sprechen, da diese mit Hinblick auf ihre öffentliche Stellung eine besondere Vertrauensstellung einnehmen. Auch spricht für diesen Personenkreis die geschichtliche Entwicklung. Jedoch ist durch die Einführung der Ziff. 2 der Entwicklung des Untreuetatbestandes Einhalt geboten worden und diese in eine ganz neue Entwicklungsphase getreten. Denn in dem Verhältnis des Machtgebers zum Bevollmächtigten hat man kein größeres Vertrauen zu erblicken als bei allen übrigen Vertragsverhältnissen. Beruht doch im Grunde genommen jeder gegenseitige obligatorische Vertrag auf einem gegenseitigen „Vertrauen" der Vertragsteile, daß der eine Teil dem anderen Partner gegenüber seine Leistung erfüllen werde und umgekehrt. Kommt der eine Vertragsteil nicht in dem ordentlichen Maße seiner Verpflichtung nach, wie es der Kontrahent hofft, dann kann auch durch dieses Verhalten ein bedeutender Schaden herbeigeführt werden, und doch wird dieser Fall eines „Bruch des Vertrauens" nicht für würdig erachtet, als besonderer Straftatbestand in dem Gefüge des Reichsstrafgesetzbuches aufgenommen zu werden, man begnügt sich vielmehr mit den Vorschriften des Schadenersatzes; und doch findet sich zwischen dem eben behandelten Vertragsfalle und dem Falle des § 266 Ziff. 2 kein

---

[7]) Anm. Beispiel bei Leopold S. 11
[8]) Anm. a. a. O. Nr. 1, zu § 266
[9]) Anm. a. a. O. S. 12

wesentlicher Unterschied. Nicht der Bruch des Vertrauens kann der Grund der Bestrafung in den Fällen des § 266 Ziff. 2 sein, sonst wäre es Verfasser unverständlich, wenn bei anderen zivilrechtlichen Vertragsverhältnissen wie z. B. bei Verwahrungs-, Leihe-, Auftragsvertrag, nicht zum mindesten auch beim Dienst- und Arbeitsvertrag, deren Wesen geradezu durch ein besonderes Vertrauen gekennzeichnet wird, der Gesetzgeber mit einer Schadenersatzregelung auszukommen trachtet, einen strafrechtlichen Schutz aber nicht für erforderlich erachtet. So spricht sich denn auch Merkel [10]) dagegen aus, daß der Bruch des Vertrauens das für die Untreuevorschrift des Bevollmächtigten strafbegründende Moment gewesen sein soll, wenn er sagt: „Das Verhältnis zwischen Bevollmächtigten und Vollmachtgeber ist seiner heutigen Gestaltung nach in seiner Allgemeinheit kein spezifisches Vertrauensverhältnis". Auch Hälschner [11]) äußert sich in ähnlichem Sinne: Ebenso fiel (mit der Aufnahme der Bevollmächtigtenuntreue die Voraussetzung hinweg, daß in allen Fällen der Untreue eine besondere sittliche Beziehung der Parteien und ein Vertrauensbruch vorausgeestzt werde, da dies jedenfalls nicht allgemein bei dem Verhältnis des Bevollmächtigten zum Auftraggeber zutrifft." Endlich tritt Freudenthal [12]) der sonst ein Gegner der vom Verfasser vertretenen Meinung ist, der Auffassung des R.G. mit folgenden Worten entgegen: „Weder braucht zwischen dem Bevollmächtigten und dem Auftraggeber, der sich etwa lediglich auf die ihm gestellte Kaution oder auf die ihm bekannte günstige Vermögenslage des Bevollmächtigten hin mit diesem eingelassen hat, ein Vertrauensverhältnis zu bestehen, noch kann man sagen, daß dem Vertrage vom § 266 Ziff. 2 in höherem Grade als anderen obligatorischen Verhältnissen eine Treuepflicht eigen sei."

Zur ferneren Widerlegung der Ansicht, daß auch dem Vollmachtsbegriff eine Pflicht zur Treue eigen ist, hat Verfasser auf das Wesen der Vollmacht einzugehen [13]). Der § 166 B.G.B. gibt eine Legaldefinition der Vollmacht, die er als durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht bezeichnet. Sie gibt dem Bevollmächtigten die Legitimation, Rechtswirkungen für den Vollmachtgeber zu erzeugen. Die Vollmacht wird erteilt durch eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung; die Einräumung der Vertretungsmacht kann ausdrücklich wie stillschweigend durch schlüssige Handlungen geschehen [14]); eine bestimmte Form ist nicht erforderlich. Zumeist wird neben der einseitigen Vollmacht noch ein Rechtsverhältnis bestehen, wie z. B. ein Dienstvertrag, Auftrags- oder Gesellschaftsverhältnis, in welchem die Rechte und Pflichten zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächigten geregelt sind. Jedoch ist dies nicht notwendigerweise zu fordern, es sind Fälle denkbar, wo der Vollmacht überhaupt kein Rechtsverhältnis zu

---

[10]) Anm. a. a. O. S. 782
[11]) Anm. a. a. O. S. 392
[12]) a. a. O. S. 114
[13]) Vgl. auch die Ausführungen Oetkers a. a. O. S. 284—287
[14]) Recht 22 Nr. 1287, 1277

Grunde liegt. So sagt denn auch Enneccerus [15]) mit Recht: „Die Vollmachtserteilung ist ein abstraktes Geschäft, da sie den Grund, auf dem sie beruht, nicht in sich aufnimmt. Es gibt nicht verschiedene Vollmachtserteilungen (Dienstvollmacht, Auftragsvollmacht, Gesellschaftsvollmacht usw.), sondern nur eine einzige Vollmachtserteilung, die eben in der Erteilung der Vertretungsmacht und in nichts anderem besteht. Die Vollmacht ist daher von der Gültigkeit des Verhältnisses, das zu ihrer Erteilung den Anlaß gab, nicht abhängig, sondern kann gültig sein, obgleich dieses aus einem die Vollmacht nicht berührenden Grunde nichtig ist." Für die abstrakte Natur der Vollmacht spricht auch § 167, B.G.B., wonach die Erteilung der Vollmacht, „durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll, zu erfolgen hat." Nirgends wird aber als weiteres Erfordernis verlangt, daß die Vollmachtserteilung auch das unterliegende Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten mit enthalten müsse. Die anscheinend entgegenstehende Bestimmung des § 168 B.G.B., wonach sich das Erlöschen der Vollmacht nach dem unterliegenden Verhältnis bestimmen soll, hat nach richtiger Ansicht nur den Sinn, daß sie sich auf die Dauer dieses Verhältnisses beziehen solle, und zwar in der Art, daß der Vollmachtgeber die Vollmacht vermutlich auf die Zeit des Verhältnisses (z. B. Dienstverhältnis) beschränken, also nur eine zeitlich beschränkte Vollmacht erteilen wollte. Für die abstrakte Natur der Vollmacht führt das R.G. [16]) endlich an, daß die Vollmacht nach § 167 Abs. 2 B.G.B. nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt war.

In jedem Falle ist die Vollmachtserteilung demnach als ein selbständiges Rechtsgeschäft zu werten, das begrifflich mit dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis nichts gemein hat und das sich häufig auch in seinen Voraussetzungen von diesem unterscheidet. Der Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag läßt sich am klarsten an einem von Leopold [17]) gebrauchten Beispiele veranschaulichen, in welchem die Vollmacht einer besonderen Form bedarf. Gibt der Eigentümer A. eines Grundstückes seinem Angestellten B. den Auftrag, das Grundstück an einen dritten C. zu übertragen, so kommt das Auftragsverhältnis zwischen A. und B. mit der Annahme des Auftrages von seiten des B. mit allen seinen Rechten und Pflichten zustande. B. ist es aber nicht möglich, die Auflassung an C. vorzunehmen, da das Auftragsverhältnis nur zwischen A. und B. wirkt; um diese Auflassung vornehmen zu können, bedarf B. noch einer in grundbuchmäßiger Form auszustellenden Auflassungsvollmacht; erst im Besitze dieser hat B. die Legitimation dem Grundbuchamte gegenüber, die Auflassung vornehmen zu lassen.

Vollmacht und das zugrundeliegende Rechtsverhältnis unterscheiden sich somit in seinen Wirkungen. Die Vollmacht wirkt nach außen, sie schafft im Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber

---

[15]) Anm. a. a. O. Bd. I, 1, S. 474
[16]) Anm. RG. Ziv. R. 69, 232
[17]) a. a. O. S. 15

und Bevollmächtigten keine Rechte und Pflichten, dafür ist eben das der Vollmacht zugrundeliegende Rechtsverhältnis vorhanden, das seine Wirkung nur zwischen den Parteien ausstrahlt, aber keine Rechtswirkungen gegenüber dritten Personen erzeugt.

Diese scharfe Abgrenzung zwischen dem Außen- und Innenverhältnis war noch der Praxis des älteren gemeinen Rechts fremd, vielmehr wurden beide Rechtsbegriffe mit einander verquickt. Auf diese Weise läßt sich vielleicht auch die Ausdrucksweise des § 266 Ziff. 2, St.G. „Bevollmächtigte-Auftraggeber" erklären, die noch unter dem Einflusse dieser früheren, jetzt aber aufgegebenen Rechtsanschauung steht. Gegen diese Scheidung von Vollmacht und zugrundeliegendem Rechtsverhältnis glaubt Mayer [18]) sich wenden zu müssen. „Insbesondere war damals der Gedanke der abstrakten Vollmacht als des von seiner internen Grundlage gelösten Stellvertretungsverhältnisses noch nicht durchgedrungen. Es ist darum gänzlich unzulässig, diesen dem heutigen Zivilrecht zugrundeliegenden Vollmachtsbegriff einfach für den Bevollmächtigten unserer Strafbestimmungen zu übernehmen, denn jedes Gesetz ist nur aus der Rechtssprache seiner Zeit zu verstehen." Der Gedankengang Mayer's scheint Verfasser beachtlich zu sein, wenn er sich ihm auch nicht anschließen kann. Zwar hat man grundsätzlich davon auszugehen, daß ein Gesetz nach den jeweiligen Zeitverhältnissen, in denen es entstanden ist, auszulegen ist. Aber die Rechtsprechung muß mit der Entwicklung von Rechtsgedanken mitgehen, sonst muß sie zwangsläufig zum Stillstand und somit zum Rückschritt kommen. In der zivilrechtlichen Rechtsprechung sah man sich aus Zweckmäßigkeitserwägungen gezwungen, die Scheidung zwischen abstraktem und kausalem Geschäft vorzunehmen. Soll auf diese Weise ein Unterschied zwischen Zivilrecht und Strafrecht entstehen, soll man fortan von einem „Bevollmächtigten im Zivilrecht" und einem „solchen im Strafrecht" sprechen müssen? Eine derartige Scheidung zwischen zwei wesensverwandten Rechtsbegriffen bringt in eine geordnete Rechtsprechung Unklarheit und Unstimmigkeiten, sodaß es Verfasser zweckmäßig erscheint, das kleinere Uebel vorzuziehen und die Auslegung des Wortes „Bevollmächtigten" den oben erwähnten Ausführungen anzugleichen.

Demnach entspringen aus der Vollmacht niemals Rechte und Pflichten, diese ergeben sich vielmehr aus den zugrundeliegenden Vertragsverhältnissen. So kann sich auch aus der Vollmacht zwangsläufig nicht eine besondere Pflicht, die „Treuepflicht", wie sie vom R.G. angenommen wird, ergeben. Gleichfalls läßt sich die vom R.G. [19]) beobachtete Ausdrucksweise nicht rechtfertigen, daß von den aus dem Vollmachtsvertrage entspringenden Pflichten des Bevollmächtigten und von einer Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchen obliegenden Pflichten spricht. Worin aber im einzelnen diese Pflichten bestehen sollen, darüber gibt das R.G. keinen Aufschluß; nur wird von einer Restitutionspflicht der Sachen,

---

[18]) Anm. S. 228
[19]) Anm. R. G. E. 14, 84; 17, 241; 32, 30

die der Bevollmächtigte erlangt hat, gesprochen. Diese rührt jedoch aus dem obligatorischen Rechtsverhältnisse her, nicht aber aus der Vollmacht selbst.

Mit der von dem R.G. und der vorläufig noch als herrschende Theorie auszusprechende Lehre von dem Bruch eines besonderen Treueverhältnisses haben die Ausführungen von Mayer große Aehnlichkeit. Auch er erblickt das Wesen der Untreue im Treubruch, in der Verletzung der Amts- oder Vertragspflicht, der in Ziff. 1—3 genannten Person zum Zwecke der Vermögensschädigung. So sagt Mayer [20]) bezüglich der Ziffer 1: „Untreue ist die absichtliche Schädigung des anvertrauten Gutes durch Verletzung der besonderen Amtspflicht." Auch nach der Ziff. 2 des § 266 soll die Untreue nach ihm, was sie bisher stets gewesen war, der Bruch eines Vertrauensverhältnisses bleiben [21]).

Die Eigenart der Mayerschen Ansicht besteht jedoch darin, daß die Amts- und Vertragspflicht nach ihm eine typisch strafrechtliche ist, die mit den zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen nichts gemein hat. Ein gültiges obligatorisches Verhältnis zwischen Vertrauensperson und Vrmögensinhaber wird von Mayer nicht gefordert, es genügt, wenn die Vertretungsmacht nach außen auf einem gültigen rechtlichen Akte beruht. Eine Ausnahme wird jedoch für den Fall gemacht, daß die Ungültigkeit des Innenverhältnisses auf der Minderjährigkeit des Täters, auf Unsittlichkeit oder gesetzlichem Verbot beruht: In diesem Falle soll keine strafrechtliche Pflicht aus dem tatsächlichen Vertrauensverhältnis angenommen werden. (S. 252.) Sofern aber eine gültige obligatorische Verpflichtung besteht, dann stellt sich die Verletzung der strafrechtlichen Pflicht stets auch als eine Verletzung des obligatorischen Vertrages dar, nicht aber umgekehrt (S.187,188.) Die Entscheidung, „ob der Täter der Untreue durch seine Handlung oder durch Unterlassung seine Amtspflicht verletzt hat", überläßt Mayer [22]) dem Richter, der dies nach seinem vernünftigen Ermessen festzustellen hat; ebenfalls soll der Richter darüber entscheiden, wann jemand als Bevollmächtigter im Sinne der Ziff. 2 anzusehen ist, da das Zivilrecht nach Mayer nicht maßgebend ist. Das Gesetz selbst gibt nach Ansicht von Mayer in allen diesen Fällen keinen klaren Bescheid; es muß daher in einem solchen Falle angenommen werden, „daß die Gesetzgebung der Rechtsprechung ein Blanquett zur Ausfüllung eingeräumt hat." (S. 230.)

Gegen die Auffassung Mayers treffen dieselben Argumente, die auch die Ansicht des R.G. widerlegen, zu. Aber auch sonst kann Hellmuth Mayer, wiewohl er gerade am tiefgründigsten die Probleme der Untreue untersucht hat, nicht mit seinen Ausführungen unsere Zustimmung finden. Wann die strafrechtliche Pflicht, zumal diese als Antipode den aus den obligatorischen Rechtsverhältnissen entspringenden Pflichten gegenübergestellt wird, vorhanden ist und wann nicht, läßt sich nach Ansicht von Verfasser schwer

---

[20]) Anm. a. a. O. S. 175, ebenso S. 45
[21]) a. a. O. S. 121, in ähnlichem Sinne S. 74, 79, 247, 252
[22]) Anm. S. 187

unterscheiden. Der Rechtsfindung ist m. E. mit einem der prägnanten Markierung entbehrenden Begriffe nicht gedient. — Auch möchte sich Verfasser gegen die Auffassung Mayer's wenden, daß das richterliche Ermessen darüber zu bestimmen habe, ob ein Vollmachtsverhältnis im Sinne der Ziff. 2 gegeben ist oder nicht, da ja dieses sich nicht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bestimmen soll. Eine derartige Auffassung ist unhaltbar, da sie dazu führen kann, daß „Willkür bestimmt, ob ein strafbarer Tatbestand gegeben ist oder nicht“ [23])

Freudenthal [24]), als der markanteste Vertreter der zweiten Ansicht, erblickt das Wesen der Untreue in der Verletzung der Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge. Diese Ansicht hatte einen starken Einfluß auf die Entwürfe eines neuen St.G.B., namentlich auf den Vorentwurf und Gegenentwurf. Freudenthal faßt seine Gedanken dahin zusammen: „Kraft Rechtens ist der Täter in eine Stellung getreten, die ihm die Pflicht auferlegt, für fremde Vermögensinteressen zu sorgen. Dieser Rechtspflicht würde er durch eine gewisse Handlung (Handlung 1) genügen. Zu Handlung 1 ist er berechtigt und verpflichtet. Jene Stellung gibt ihm aber auch die tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme einer andern Handlung (Handlung 2), durch die er freilich jener Rechspflicht nicht genügen würde. Von dieser tatsächlichen Möglichkeit macht er unter Verletzung seiner Fürsorgepflicht Gebrauch, nimmt Handlung 2 vor und schädigt durch sie, wen er schützen sollte.“ Auch der von Freudenthal vertretenen Ansicht kann Verfasser nicht beipflichten, obwohl sie der Auffassung des R.G. gegenüber insofern den Vorzug zu verdienen scheint, als sie scheinbar die Unklarheit, die die sogenannte Treuepflicht in sich birgt und somit diese Ansicht für die Verwendung in der Rechtsprechung unbrauchbar macht, behebt. Bei einer näheren Untersuchung ergibt es sich jedoch, daß auch diese vorgeschlagene Formulierung nicht die Hoffnungen, die Freudenthal auf sie setzte, erfüllt.

Einmal krankt die Freudenthal'sche Auffassung an einer genauen Bestimmung, wem die Pflicht zur Fürsorge für fremde Vermögensinteressen obliegt. Freudenthal bezieht sich wohl auf einige Bestimmungen im geltenden Recht, die aber lediglich besagen, daß der von ihm gebrauchte Ausdruck der Gesetzessprache nicht fremd ist; im übrigen beweisen die angezogenen Bestimmungen für vorliegende Untersuchung nichts. Sodann ist auch anderen als den in § 266 genannten Personen eine Pflicht zur Vermögensfürsorge eigen. So liegt eine solche Pflicht auch den Personen ob, die in einem Dienstverhältnis zu ihrem Herrn stehen und denen eine Vermögensverwaltung für ihren Dienstherrn obliegt, die jedoch nicht eine rechtliche Vertretungsmacht haben, somit nicht Bevollmächtigte sind. Der abreisende Hauseigentümer beauftragt den Hausverwalter, während seiner Abwesenheit die Verwaltung des Hauses zu übernehmen, kleinere Reparaturen vorzunehmen, kurz das Hausgrundstück zu betreuen. Wenn dieser nun anstatt das Haus

---

[23]) Anm. Olshausen 1 zu § 266, vgl. auch Oetker S. 285
[24]) a. a. O. S. 116, 117

ordentlich instand zu halten, absichtlich dieses im schlechten Zustande unterhält, so ist er sicherlich nicht seiner Pflicht zur Fürsorge des Vermögens dem Hauseigentümer gegenüber, dem gegenüber er hierzu auf Grund des Dienstvertrages verpflichtet war, nachgekommen; auch hat er durch sein Verhalten dem Vermögen seines Diensthern Schaden zugefügt.

Nach der Fassung des Freudenthal'schen Untreuetatbestandes müßte man annehmen, daß auch im vorliegenden Falle die Merkmale der Untreue erfüllt seien; und doch hat Freudenthal nicht diese Folgerung gezogen. Er hat seine Auffsasung als das Wesentliche der Untreue aus dem geltenden Recht, wie er ausdrücklich betont (S. 146) abstrahiert. Eine Bestrafung wegen Untreue ist deshalb nicht möglich, weil der Hausverwalter in unserem Beispiele einmal nicht dem Personenkreise der Untreuesubjekte der Ziff. 1 angehört; unter die Bestimmung der Ziff. 2, die für das vorliegende Beispiel nur noch in Betracht kommen könnte, fallen nur Personen, die mit einer rechtlichen Macht, auf das Vermögen eines anderen einzuwirken begabt sind, nicht jedoch Personen, für die nur eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit besteht. Wollte man auch in diesem Beispiele einen Fall der Untreue für vorliegend erachten, dann würde bei einer solchen Auffassung der Unterschied zwischen Strafrecht und Zivilrecht verwischt werden; das Strafgesetz würde eine Ausdehnung erhalten, die seinem Zwecke entgegen steht. Schließlich liegt auch kein Bedürfnis vor, in einem solchen Falle wegen Untreue zu strafen, da zumeist andere strafgesetzliche Bestimmungen Platz greifen können, wie die z. B. über Sachbeschädigung des § 303 St.G.B.

Demnach sollen entgegen der weiten Fassung nicht alle Verletzungen von Fürsorgepflichten, wie es auch Freudenthal annimmt, — Vermögensbeschädigung natürlich vorausgesetzt — Untreue bedeuten. Die Fürsorgepflicht muß vielmehr qualifiziert sein, um sich von den gewöhnlichen Pflichten dieser Art zu unterscheiden. Diese Qualifikation kann Freudenthal, wenn er sich nicht der vom Verfasser abgelehnten Treubruchstheorie[1] — er selbst lehnt ja diese auf S. 114 ab — anschließen will, nur darin finden, daß die tauglichen Subjekte sämtlich mit rechtlicher Vertretungsmacht begabt sind. Die Verletzung der gewöhnlichen Fürsorgepflicht, wie sie auch im obigen Beispiel vorlag, wird durch das Zivilrecht gesühnt; die qualifizierte Pflicht, nämlich die in Bezug auf fremdes Vermögen eingeräumte Rechtsmacht nicht zu mißbrauchen, wird als Untreue mit Strafe gesühnt.

Hiernach ist die Untreue, wie sie auch Binding faßt, zu formulieren als die vorsätzliche rechtswidrige Schädigung fremden Vermögens seitens seines berufenen Verwalters oder Behüters durch Mißbrauch der ihm gesetzlich zuerkannten Machtstellung [25]) [26]).

---

[25]) Anm. Kohler a. a. O. S. 126ff. „Mißbrauch der Verfügungsgewalt über fremdes Vermögen".

[26]) Anm. Gegen diese Binding'sche Auffassung nimmt Freudenthal (S. 116) Stellung, wenn er sagt: „Wenn der Bevollmächtigte des A. vorsätzlich im eigenen Namen, ohne das Vollmachtsverhältnis erkennbar hervortreten

Das Vollmachtsverhältnis setzt den Untreuetäter in den Stand, Verfügungen mit rechtlicher Wirksamkeit für den Vollmachtgeber vorzunehmen und auf diese Weise dessen Vermögen zu schädigen. „In einer großen Anzahl von Fällen aber ist, wer auf Unredlichkeit denkt, in der glücklichen Lage, von Rechts wegen über fremdes Vermögen verfügen zu können. Dieses Vermögen findet dann gerade seinen Feind in der Person, der es von Rechts wegen unterstellt ist, und gegen diese bedarf sein Inhaber energischen Schutz."[27]) Die Vorschrift des § 266 tritt als Ergänzungsvorschrift neben die sonstigen Bestimmungen, die zum Schutze fremden Vermögens erlassen sind. Während die Bestimmungen des § 263 bezw. § 253 Vermögensschädigungen, die auf Grund von Täuschungen bezw. Gewalt erfolgt sind, unter Strafe stellen, hat man den Zweck der Bestimmung des § 266 darin zu erblicken, den Vollmachtgeber vor schadenbringende Verfügungen des Bevollmächtigten zu bewahren, die dieser in unzuträglicher Weise gerade auf Grund seiner Vertretungsmacht vornehmen kann.

Da der Wortlaut des Gesetzes in keiner seiner 3 Ziffern, vornehmlich aber nicht in Ziff. 1 und Ziff. 2 des § 266, darüber Aufschluß gibt, ob überhaupt und in welcher Weise Beziehungen zwischen der Vollmacht bezw. der gesetzlichen Vertretungsmacht und der Handlung der Untreue, dem „zum Nachteil handeln" bezw. „zum Nachteil verfügen" bestehen, ist es die Aufgabe der Wissenschaft, diese Beziehungen aus Gründen der Vernunft und aus den Gesetzen der Logik herzuleiten.

Aus der oben gekennzeichneten Darstellung der Vollmacht, deren Mißbrauch ja nach vorliegender Lehrmeinung das Wesen der Untreue ausmachen soll, ergibt sich zwangsläufig, daß nur solche Handlungen als Untreuehandlungen normiert werden können, die der Bevollmächtigte gerade auf Grund seiner Vertretungsmacht vorgenommen hat. Der Bevollmächtigte muß generell auf Grund seiner Vollmacht solche Handlungen vornehmen können, er muß somit eine formale Berechtigung haben, die einzelne vorgenommene Handlung muß jedoch rechtswidrig sein[28]). Das Wesen

zu lassen, zum Nachteil des A. vertauscht, statt auftragsgemäß zu verkaufen, oder unter dem Limito verkauft, so müssen Binding und seine Anhänger Untreue verneinen, denn der Täter hat hier weder auf Grund seiner Vollmacht noch innerhalb seiner Zuständigkeit oder Stellung noch als Bevollmächtigter gehandelt." Der Kritik Freudenthal's kann man jedoch entgegenhalten, daß zumeist andere Strafbestimmungen Platz greifen werden, in unserem Beispiele die Vorschriften über Unterschlagung, da man in der Tauschhandlung des A. eine Zueignungshandlung erblicken kann, weil der Täter die Sache verwendet, um den A. um den vollen Wert der Sache zu bringen. Sollte der Tatbestand der Unterschlagung nicht verwirkicht sein, so würde der Bevollmächtigte dem A. auf Grund des Vertragsverhältnisses schadensersatzpflichtig sein. Bez. des zweiten Beispiels, des Verkaufs unter Limito, trifft der Einwand Leopolds (S. 60) zu, daß man das Limito regelmäßig nicht als Bestandteil der Vollmacht zu deuten habe, vielmehr als Geschäftsanweisung, die intern zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten ihre Wirkung hat.

[27]) Anm. Binding Lehrb. 1 S. 397

[28]) Anm. Ebenso Binding S. 397, 400; Cartier S. 118; Frank I. zu 266; Leopold S. 16; Hegler Bd. 10 S. 153; Hirschfeld S. 33

dieser Auffassung läßt sich am besten an Hand eines konkreten Beispieles darstellen. — Der Kaufmann A. bevollmächtigt seinen Angestellten B., Gegenstände aus seinem Warenlager zu verkaufen. B. kann sich eine Bestrafung wegen Untreue nur dann zuziehen, wenn er Verkäufe tätigt, die seinem Vollmachtgeber A. Nachteile bringen. Denn er ist in dem Wesen des Untreuetatbestandes begründet, daß nur solche schädigende Handlungen des B. unter die Bestimmungen des § 266 fallen, die sich als Verkaufshandlungen darstellen, nur solche sind nach außen durch die Vollmachtserteilung von seiten des A. gedeckt, alle anderen Betätigungen des B. fallen unter die Bestimmungen von Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung usw. Die hier vertretene Auffassung hat zur Folge, daß, worauf auch Hegler [29]) mit Recht hinweist, Untreue nur dann zu bejahen ist, wenn der Betreffende gerade als Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt hat. Einer Bestrafung wegen Untreue unterliegen die Fälle nicht, in welchem der Bevollmächtigte eine Sache seines Machtgebers sich rechtswidrig aneignet, beschädigt oder zerstört. In diesen Fällen handelt der Bevollmächtigte niemals als Vertreter, sondern außerhalb seiner Vertretungsmacht. Man könnte in derartig gelagerten Beispielen nur dann einen Fall der Untreue konstruieren, wenn man sich zu der Auffassung verstehen wollte, daß der Bevollmächtigte auch hier als Vertreter handelte. Diese Ansicht kann Verfasser jedoch nicht teilen, da die Vollmacht von seiten des Machtgebers niemals auf Aneignung oder Beschädigung fremder Sachen gehen wird. Hegler [30]) führt zu dieser Frage mit Recht aus: „Diese Annahme — scil. daß der Bevollmächtigte bei Aneignungs- oder Sachbeschädigungshandlungen als Bevollmächtigter handle — ist aber deshalb unstatthaft, weil in solchen Fällen nicht wenigstens äußerlich alles in Ordnung ist, sondern im Zueignungsakt, im Sachbeschädigungsakt schon äußerlich und an sich ein Handeln außerhalb seiner Vertretungsberechtigung gegeben ist, ein Handeln, das garnicht in den Vertretungsbereich fallen kann, da bezgl. des ersteren Falles § 181 BGB., wonach — von hier nicht interessierenden Fällen abgesehen — jemand überhaupt nicht als Vertreter namens eines Vertretenen an sich in eigenem Namen Sachen übereignen kann, für den zweiten Fall folgt dies aus der Natur der Handlung als völlig unwirtschaftlicher Beschädigung und Zerstörung." Diese Auffassung von dem Wesen der Untreue bringt es mit sich, daß ein großer Teil von Fällen, die vom RG. unter die Untreuebestimmung normiert werden, nach vorliegender Ansicht aus diesem Gebiete ausgeschieden werden müssen. Hierin liegt der etwaige Nachteil dieser Auffassung gegenüber den anderen Lehrmeinungen; jedoch wiegt dieser nicht so schwer, da die Gedanken dieser ausgeführten Theorie gegenüber anderen Meinungen klarer herausgearbeitet sind.

Auf Grund der hier vertretenen Auffassung von dem Wesen der Untreue als dem Machtmißbrauche der dem Täter zustehenden

---

[29]) Anm. S. 153
[30]) Anm. S. 154

rechtlichen Verfügungsgewalt als Mittel der Vermögensbeschädigung kommen nur rechtsgeschäftliche Handlungen [31]) für die Untreue in Betracht, niemals tatsächliche Handlungen. Denn unter Vertretung im Rechtssinne wird die Vornahme von Rechtsgeschäften für einen anderen mit rechtlicher Wirkung verstanden. Eine Vertretung bei Rechtshandlungen, geschweige denn bei tatsächlichen Handlungen kennt das geltende Recht nicht, es kann in diesen Fällen also niemals ein Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht vorkommen. Zwar sprechen sich auch das R. G. und die herrschende Lehre dafür aus, daß für die Ziff. 2 des § 266 eine rechliche Vertretungsmacht zu fordern ist. So spricht das R. G. [32]) von Uebertragung und Uebernahme von Rechtsgeschäften für eine andere Person". Nach einer weiteren Entscheidung vom 3. Juni 1889 setzt der Begriff des Bevollmächtigten im Sinne der angezogenen Gesetzesvorschrift das Bestehen einer privatrechtlichen Vertretungsbefugnis, der rechtlich begründeten Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten, voraus. [33]) Trotzdem straft das R. G. als Untreuehandlungen rein tatsächliche Handlungen und Verfügungen [34]). Es führt demnach nicht seine Meinung konsequent durch, wenn es für die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Untreue einmal die Befugnis fordert, rechtsgeschäftliche Verfügungen vornehmen zu können, sich dann aber begnügt, tatsächliche Handlungen als Untreue zu bestrafen.

Ob eine Handlung im Rahmen der Vertretungsmacht vorgenommen ist oder nicht, ob demnach die Möglichkeit einer Bestrafung wegen Untreue besteht oder nicht, diese Entscheidung kann man zumeist nicht ohne weiteres aus dem Gesetze entnehmen. Leicht ist diese Entscheidung in den Fällen der Prokura und Handlungsvollmacht zu treffen, da das Gesetz selbst die Grenzen der Vertretungsmacht angibt. In den sonstigen Fällen der Vollmacht ist diese Feststellung nur auf dem Wege der Auslegung erreichbar. Als Anhaltspunkt wird sich jedoch immer die Feststellung ergeben, ob die Handlung des Vertreters unmittelbar für den Vertretenden wirkt oder nicht. Im ersteren Falle wäre demnach eine Untreuehandlung denkbar, im letzteren Falle nicht. Ueber den Umfang der Vertretungsmacht gibt das B. G. B. selbst nicht Aufschluß, auch stellt es keine gesetzlichen Vermutungen auf, sodaß man daraus seine Schlüsse ziehen könnte; vielmehr hat man den Inhalt und den Umfang der Vertretungsmacht einmal aus dem bei der Vollmachtserteilung gebrauchten Worten zu entnehmen, zum anderen muß man auf das zugrunde liegende obligatorische Rechtsverhältnis zurückgreifen.

Die reichsgerichtliche und Freudenthalsche Lehrmeinungen hinsichtlich des Wesens der Untreue verlangen nicht, daß der Untreuetäter auf Grund seiner Vertretungsmacht gehandelt hat, sie begnügen sich mit einfachen Erfordernissen. Eigen ist jedoch bei-

---

[31]) Anm. a. M. Hegler S. 154; Hirschfeld S. 35
[32]) Anm. R. 9, 356; 5, 21
[33]) Anm. E. 19, 271; ebenso E. 3, 283; 11, 241
[34]) E 32, 30; 32, 262; 39, 337; 42, 420

den Auffassungen, daß sie einen gewissen Zusammenhang zwischen der rechtlichen Vertretungsmacht und der Untreuehandlung verlangen.

Schwankend ist die Stellungnahme des R. G. bezüglich dieser Frage. Dies erklärt sich aus der Auffassung des R. G.; wertete es doch das Bestehen der Vertretungsmacht als Grundlage für die Verfügungsmacht nur als Voraussetzung für die Bestrafungsmöglichkeit. Die Entscheidung ist schwankend, da das R. G. der Vertretungsmacht einmal mehr, einmal weniger Gewicht beimißt.

Einige Entscheidungen des R. G. ähneln der vom Verfasser vertretenen Auffassung insofern, als sie gerade verlangen, daß der Täter die schädigende Handlung vermöge seiner rechtlichen Vertretungsmacht vorgenommen haben muß. So heißt es in einer Entscheidung, [35]) „daß der § 266 Nr. 2 seinem Wortlaute nach nur solche Verfügungen treffe, welche der Bevollmächtigte als solcher vornimmt." Dieselbe Auffassung vertritt das höchste Gericht in E. 28, S. 156 mit eingehender Begründung. Der Entscheidung des Gerichts lag folgender Tatbestand zugrunde: Ein Handlungsgehilfe war in einem Geschäfte eines Kaufmanns angestellt, um im Laden und Warenlager beschäftigt zu werden, insbesondere Käufer zu bedienen. Gleichzeitig hatte er von seinem Prinzipal die Ermächtigung erhalten, ohne vorherige Einholung seiner Erlaubnis, an gewisse Kunden Schnaps, einzelne Zigarren, Bier und Grog zum Verzehren auf der Stelle unentgeltlich zu verabfolgen. Der Handlungsgehilfe hatte einmal an einen Kunden, nachdem dieser bedeutende Wareneinkäufe in dem Geschäft gemacht hatte, 4—5 Pfund Kaffee verabfolgt, für die ihm der Kunde 3 Mk. in die Tasche steckte; in einem weiteren Falle hatte der Gehilfe 8—10 Pfd. abgegeben. Bei Aushändigung der zweiten Menge hat der Kunde ihm 6 Mk. hingehalten. Nachdem das R. G. das Vorliegen einer Vollmacht bejaht hat, führt es aus: „Indessen findet diese Anwendbarkeit ihre Schranke in den Grenzen, der dem Bevollmächtigten obliegenden Befugnisse und ist ausgeschlossen, sobald die den Auftraggeber benachteiligenden Verfügungen, sei es objektiv, sei es subjektiv, außerhalb dieser Grenzen liegen, sobald dieselben also nicht mehr zu denjenigen Geschäften gehören, zu deren Vornahme er vermöge der ihm erteilten Vollmacht berechtigt war." In diesem Falle stellte das R. G. es darauf ab, ob der Gehilfe in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter gehandelt hat. Da dies jedoch nicht der Fall war, wies das höchste Gericht eine Bestrafung wegen Untreue ab. Denn in der Hingabe des Kaffees im ersten Falle lag weder der Abschluß eines Kaufgeschäfts, da der Kunde den Kaffee nicht kaufen wollte, noch ein Gebrauch von der dem Gehilfen erteilten Ermächtigung einer sogenannten Zugabe, da der Kunde dem Gehilfen eine Entschädigung gab. Im zweiten Falle war der Gehilfe auch nicht zu seinem Handeln ermächtigt, da er größere Mengen unentgeltlich abgegeben hatte. Der Handlungsgehilfe war nur zu zwei Handlungen ermächtigt, nämlich zum Verkaufen und zur unentgeltlichen Zugabe von Waren in ganz geringer Menge,

---

[35]) Anm. R. 5, 21

nicht aber zu Schenkungen und sonstigen Handlungen. Das Gericht sagte daher mit Recht, „er hat sonach über die Ware in einer Weise verfügt, zu der ihm eine Disposition über dieselbe überhaupt nicht zustand, er hat demnach nicht in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter gehandelt.“ [36])

Das R. G. hat an dieser hier dargelegten Auffassung nicht festgehalten, sondern diese in dem Urteil vom 15. Februar 1899 [37]) tatsächlich aufgegeben. Tatbestandsmäßig war vom Gericht festgestellt worden, daß ein Kaufmann F. den Angeklagten A. als Verwalter von seinem Zweiggeschäft mit der Verpflichtung bestellt hatte, die ihm für das Zweiggeschäft übergebenen Waren zu dem von F. bestimmten Preise zu verkaufen und den Erlös mit Abzug von 10 Prozent, welche sein Gehalt bilden sollten, wöchentlich abzuliefern. A. hatte aus dem von ihm verwalteten Zweiggeschäfte des F. Waren an seine Ehefrau für das von dieser an einem anderen Orte angelegte Handelsgeschäft ohne Gegenleistung abgegeben, ferner eine Quantität Waren zur Tilgung einer ihn persönlich belastenden Schuld weitergegeben, endlich von dem Erlöse der im Zweiggeschäft verkauften Waren eine größere Summe für sich verbraucht. Das R. G. hat A. wegen Untreue bestraft, da er nicht dazu bevollmächtigt war, Waren unentgeltlich fortzugeben; war doch A. einzig und allein zu Verkäufen bevollmächtigt, nicht aber zu anderen Verfügungen. Diese von dem früher dargelegten Urteile abweichende Auffassung erklärt das R. G. folgendermaßen: „Nicht sollte in dem eben zitierten Urteile ausgesprochen werden, daß der § 266 Ziff. 2 nur Anwendung finde, wenn der Bevollmächtigte eine solche Handlung vorgenommen habe, zu deren Vornahme er berechtigt war, denn der § 266 Ziff. 2 setzt gerade eine Verletzung der dem Bevollmächtigten obliegenden Pflichten durch Vornahme einer benachteiligenden rechtswidrigen Verfügung voraus. Der bezügliche Passus in der Entscheidung vom 4. Februar 1896 kann nur dahin gedeutet und verstanden werden, daß die Vorschrift des § 266 Ziff. 2 keine Anwendung finde, wenn die benachteiligende Verfügung außerhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage stehe und nicht eine Verletzung der dem Bevollmächtigten als solchen obliegenden Pflichten enthalte.“ [38])

Diese Auffassung hat das R. G. in einer ganzen Reihe von Entscheidungen weiter beibehalten, sodaß man tatsächlich der Ansicht sein muß, daß die vom Verfasser vertretene Auffassung von dem höchsten Gerichte nicht gebilligt wird. Das R. G. will daher alle die Fälle als Untreuefälle behandelt wissen, in welchen der Täter seine Vertretungsmacht überschritten hat. Auf diese Weise kann das R. G. in vielen Fällen strafen, in welchen es Verfasser auf Grund seiner Auffassung nicht möglich ist.

Auch Freudenthal [39]) lehnt es auf Grund seiner Auffassung von dem Wesen der Untreue ab, daß der Untreuetäter innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht gehandelt haben muß.

---

[36]) Anm. Aehnlich E. 36, 133
[37]) Anm E. 32, 26
[38]) Anm. Ebenso E. 32, 30; G. A. 48, 356; 51, 360
[39]) Anm. S. 115

Gegenstand vorliegender Untersuchung war vornehmlich die Ziff. 2 des § 266. Verfasser suchte den Beweis zu erbringen, daß nicht der Treubruch, wie er von der herrschenden Lehre und namentlich auch von der Judikatur des R. G. vertreten wird, nicht die Verletzung der Pflicht zur Vermögensfürsorge, wie es Freudenthal annimmt, das Charakteristikum der Untreue ist, daß vielmehr der Untreuebegriff eine Wandlung durchgemacht hat und sich als Mißbrauch der rechtlichen Macht zum Verfügen charakterisieren läßt.

Diese Auffassung von dem Wesen der Untreue muß auch auf die Untreuefälle der Ziff. 1, deren Personenkreis zumeist die öffentliche Machtstellung auf Grund ihres Amtes eigen ist und deren Strafbarkeit auch nach dem alten Preuß. Str. G. B. schon feststand, seine Ausdehnung erfahren. Unbestritten ist, daß für die Fälle der Ziff. 1 der Vertrauensbruch, auf Grund der geschichtlichen Entwicklung das die Strafbarkeit begründende Moment war. Aber diese Auffassung mußte sich durch die Aufnahme der Bevollmächtigten in den Tatbestand des § 266 ändern. Die Einheitlichkeit des Tatbestandes der Untreue kann es nicht vertragen, daß hinsichtlich des Wesens der Untreue in den Ziff. 1 und 2 eine verschiedene Auffassung besteht; es muß vielmehr auch die für Ziff. 2 als richtig erkannte Auffasung bei Ziff. 1 gelten.

Auch dem Personenkreise der Ziff. 1 ist eine rechtliche Macht, über fremdes Vermögen zu verfügen, eigen. Der Inhalt der Vertretungsmacht der Subjekte der Ziff. 1 ist nicht ein anderer als der der Bevollmächtigten. Nur die Entstehung der Vertretungsmacht ist insofern eine andere, als die Machtstellung der Personen der Ziff. 1 zumeist auf dem Gesetz beruht, während die Vollmacht der Personen der Ziff. 2 auf einem privaten Rechtsgeschäfte begründet ist. Auch wird man aus der verschiedenen Festlegung der Tatbestandshandlung der Ziff. 1 und Ziff. 2 nicht entnehmen dürfen, daß hiermit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß Ziff. 1 und 2 wesensverschieden sind, daß für erstere die Möglichkeit eines tatsächlichen Handelns genügt. Beiden Fällen ist vielmehr gemein, „daß die notwendig enge Beziehung zu der den Tätern eigenen rechtlichen Machtstellung die Beschränkung auf rechtliches Tun erfordert.“ [40])

Auch scheint der Ausdruck „Handeln“ im Gegensatz zum „Verfügen“ der Ziff. 2 besser gewählt zu sein, da die Vertretungsmacht nicht nur die Befugnis zu Verfügungen, sondern überhaupt zum berechtigten Handeln über fremdes Vermögen enthält. Bei einer solchen Annahme vom Wesen der Untreue der Ziff. 1 ergibt es sich, daß vorliegende Auffassung die Bestrafung von Untreuefällen gegenüber der Rechtsprechung der R. G. einschränken muß. Dafür erringen die Untreuefälle der Ziff. 1 eine selbständige und unabhängige Stellung und werden zu einer Ergänzungsbestimmung, die den Schutz fremden Vermögens im Auge hat.

Die Schwäche der vom Verfasser vertretenen Ansicht liegt darin, daß den Subjekten der Ziff. 3 es an einer rechtlichen Verfügungsgewalt, wie sie ja in Ziff. 1 und 2 vorliegt, fehlt. Man

[40]) Anm. S. 36 bei Leopold

kann diese höchstens noch bei Mäklern und Versteigerern für vorliegend erachten. Zwar will Hegler [41]) auch in den Fällen der Ziff. 3 des § 266 ein Vertretungsverhältnis im weitesten Sinne erblicken; er begründet seine Auffassung damit, daß die Betreffenden als von der Obrigkeit verpflichtete Vertrauenspersonen mit fremden Angelegenheiten betraut sind. Dieser Auffassung kann Verfasser aus dem Grunde nicht zustimmen, weil gerade diesen Personen zumeist das die Untreue kennzeichnende Merkmal fehlt, nämlich die auf Gesetz oder Rechtsgechäften beruhende Vertretungsmacht. Die Möglichkeit, daß die in Ziff. 3 genannten Personen ihren Machtgeber benachteiligen können, rechtfertigt nach Ansicht von Verfasser ihre Aufnahme in den Untreue-§ nicht. Mit Recht hat man die Fälle der Ziff. 3 als „unechte Untreuehandlungen" bezeichnet. Die Einfügung dieser Personenkategorie erklärt sich wohl vornehmlich aus der geschichtlichen Entwicklung. — Verfasser schließt sich daher der Meinung Bindings [42]) an, der ihre Lösung von den Untreuefällen befürwortet. Diesem Vorschlage kann man auch aus dem Grunde zustimmen, weil die Ziff. 3 nur eine geringe praktische Bedeutung hat. Will man sich jedoch nicht zu einer Streichung dieser Ziff. verstehen, dann besteht immer noch die Möglichkeit, diese Fälle als besondere Gesetzesbestimmungen in dem Abschnitte „Verbrechen und Vergehen im Amte" hinter der Praevarikation einzugliedern.

§ 6. Charakteristik der Täter nach § 266 Strafgesetzbuch.

I. Im Allgemeinen.

In kasuistischer Fassung behandelt der § 266 Str. G. B. die Person der Untreue, indem er sie unter 3 Ziffern aufführt.

1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, die absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln.

2. Bevollmächtigte, die über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zu dessen Nachteil verfügen.

3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Braker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, die bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Eine gewisse Verwandtschaft der Personenkreise der Ziff. 1 und 3 läßt sich insofern feststellen, als es für diese aufgeführten Personen charakteristisch ist, daß sie zum Teile von der Obrigkeit bestellt oder von dieser zu ihrer Tätigkeit verpflichtet sind. Im

[41]) Anm. a. a. O. S. 153
[42]) Binding a. a. O. S. 398

Gegensatz zu diesen tritt der Personenkreis der Ziff. 2, beruht doch ihre Machtstellung auf dem privaten Rechtsgeschäfte der Vollmacht; deshalb werden sie auch häufig als „gewillkürte Vertreter" angesprochen. Diese Art der Gliederung der Untreuesubjekte ist eine Folge der geschichtlichen Entwicklung des Untreuebegriffes; jedoch ist eine konsequente Einteilung nach dem dargelegten Gesichtspunkten nicht erfolgt. Den Funktionären der Ziff. 1 ist, wie schon oben dargelegt, kraft zivilrechtlicher Regelung ein Amtscharakter eigen, ihre Stellung wird unmittelbar von Zivilgesetzen umschrieben, jedoch unterstehen sie einer ständigen Aufsicht von seiten des Staates. Eine Ausnahme ist einmal gemacht, für die Verwalter von Stiftungen, deren Stellung neben öffentlichrechtlicher Bestellung auf Grund von Landesgesetzen auch auf dem privaten Stiftungsgeschäfte beruhen kann, und vornehmlich für die Vollstrecker letztwilliger Verfügungen, deren Machtstellung immer auf Rechtsgeschäft beruht. — Ausschließlich auf Rechtsgeschäft beruht die Stellung der Personen der Ziff. 2. Die Funktionäre der Ziff. 3 sind zum Betriebe ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtet; es fallen unter Ziff. 3 nur Gewerbetreibende im Gegensatz zu Ziff. 1.

Der Personenkreis der Ziff. 1 ist erschöpfend geregelt, einer Ausdehnung auf andere als in Ziff. 1 genannte Personen steht das Analogieverbot des § 2 Abs. 1 Str. G. B. entgegen. [1]) Zwar versuchte die Praxis zuweilen dieses Verbot zu umgehen, da die kasuistische Aufzählung als recht lückenhaft und mangelhaft empfunden wird. Ein solches Vorgehen verstößt aber gegen die Normen des Gesetzes.

Die Umgrenzung der Personen der Ziff. 2 ergibt sich schon aus dem Worte „Bevollmächtigte". — Die Personen der Ziff. 3 sind nur beispielsweise angeführt. Die in Ziff. 3 enthaltene Generalklausel läßt eine Ausdehnung auf alle obrigkeitlich zum Gewerbebetrieb verpflichteten Personen zu. [2])

II. Im Besonderen.

a. Ziffer 1 des § 266.

Die Ziffer 1 des § 266 Str. G. B. zählt zuerst die Vormünder und Kuratoren auf. Zum Verständnisse dieser Begriffe darf man nicht auf den heutigen Sprachgebrauch dieser Begriffe zurückgreifen; man muß sich vielmehr vor Augen halten, daß die Bezeichnungen „Vormund und Kurator" schon im Preuß. Str. G. B. in § 246 enthalten waren und auf diesem Wege in das jetzige Str. G. B. gekommen sind. [1]) Unter Vormund und Kurator hat man

[1]) Anm. Frank Nr. 2 zu § 266; Olshausen Nr. 4; L. K. 2, 7; Schwartz N. 3; Draheim S. 26; Cartier S. 6; Enngelhard S. 17; Mayer S. 123; Ammon S. 38; E. 35, S. 338ff; 39, 383ff, insbesondere S. 387. (Nicht hierher gehört das von Ebermayer angezogene Urteil, Bd. 3, S. 152, da es nur den Grundsatz des Analogieverbotes ausspricht) vergl. auch E. Bd. 24 S. 109ff

[2]) Anm. Frank Nr. 2, Gerland S. 519; Cartier S. 18; Engelhard S. 24; L. K. Nr. 23; Schwartz Nr. 5; Mayer S. 210; Krause S. 9; E. 44, 67

[1]) Vergl. über Vormünder und Kuratoren die guten und ausführlichen Erörterungen bei Ammon S. 34ff

dasselbe wie im Preuß. Recht zu verstehen, da sich ja unser heutiges Vormundschaftsrecht aus dem Preuß. Rechte entwickelt hat.

Zweifellos sind als Vormünder im Sinne unserer Strafbestimmung der Vormünder über Minderjährige [2]) wie über Volljährige [3]) anzusehen. Eine treffende Definition des Vormundes gibt Rubo.[4]) Nach ihm ist Vormund derjenige, „der von Staatswegen als ein in sich abgeschlossenes, selbständiges Amt die Vertretung der Rechtspersönlichkeit eines anderen Menschen übernommen hat." Sind mehrere als Vormünder bestellt worden, dann unterliegt jeder Mitvormund der Strafbestimmung. (BGB. § 1775, § 1797).

Bestritten ist die Frage, ob der Gegenvormund auch in den Rahmen dieser Bestimmung fällt. Diese Streitfrage möchte Verfasser im Einvernehmen mit der herrschenden Meinung im bejahenden Sinne entscheiden. [5]) Aufgabe des Gegenvormundes ist es namentlich, den Vormund zu beaufsichtigen und in einzelnen Fällen seine Genehmigung zum Abschluß von Rechtsgeschäften zu erteilen; auch hat er bei Bestandsaufnahmen, bei Rechnungslegungen über die Vermögensverwaltung gemeinsam mit dem Vormunde zu handeln.

Im Regelfalle hat auch der Mutterbeistand gemäß § 1687 BGB. die Stellung des Gegenvormundes und doch fällt er nach Ansicht der herrschenden Lehre nicht in den Rahmen dieser Bestimmungen. [6]) Obwohl das Gesetz in § 694 BGB. einen großen Teil der für die Gegenvormundschaft geltenden Vorschriften auch auf die Beistandsschaft angewandt wissen will, möchte Verfasser dennoch diesen nicht unter den Begriff des Vormundes eingeordnet wissen. Der Beistand wird nämlich, wenn auch der Beweggrund dabei mitspielt, den Minderjährigen zu schützen, vornehmlich, wie es sich auch schon aus den Namen ergibt, der Mutter zu ihrer Unterstützung beigegeben. Die Tätigkeit des Beistandes tritt demnach gegenüber der elterlichen Gewalt der Mutter zurück; es fehlt also somit an dem unmittelbaren Schutzverhältnisse des Beistandes gegenüber dem Minderjährigen, wie es sonst zwischen dem Vormunde und dem Mündel der Fall ist. [7])

Zu prüfen ist die Frage, ob als Vormünder im Sinne der Ziff. 1 des § 266 Str. G. B. auch Beamte und Mitglieder des Jugendamtes, denen gemäß § 32 des Reichsgesetzes für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 die Ausübung der vormundschaftlichen Obliegenheiten übertragen sind, anzusprechen sind. Verfasser möchte die Kontroverse im bejahenden Sinne entscheiden. Zwar bleibt das Jugenamt als solches Vormund; soweit aber den Beauftragten des Jugendamtes die Geschäftsführung für die Mündel übertragen ist, in die-

---

[2]) Gleichgültig, auf welchen Voraussetzungen ihre Vormundschaft beruht § 1773 Abs. 1 und 2; 1707 B. G. B.
[3]) Vergl. § 6 B. G. B.
[4]) Rubo zu § 174 Str. G. B.
[5]) Anm. Binding S. 399; Frank II, 1; Gerland S. 517 Nr. 8, L. K. N. 2, 7; Draheim S. 20; Cartier S. 4; Herrmann S. 18; Hirschfeld S. 45ff.; König S. 31; a. M. Mayer S. 127; Oetker S. 287
[6]) E. 35, 339
[7]) Ebenso Draheim S. 21

sem Umfange sind sie gesetzliche Vertreter des Mündels (§ 32 Satz 3). Man hat demnach die Beauftragten nicht als Bevollmächtigte des Jugendamtes anzusehen, vielmehr geht die gesetzliche Vertretung unmittelbar auf die mit der Versorgung der Angelgenheiten des Mündels Beauftragten über. Dagegen hat der 2. Strafsenat des R. G. in seiner Entscheidung vom 5. 7. 1926 [8]) angenommen, daß Beamte und Mitglieder des Jugendamtes, denen auf Grund von § 32 die vormundschaftliche Verwaltung für den Mündel übertragen ist, in denen sonst das Jugendamt die Verwaltung zu führen hat, nicht als „Vormünder" im Sinne der Ziff. 1 des § 266 Str. G. B. anzusehen sind, sondern daß ihre Bestrafung als Beamte höchstens auf Grund des § 350 Str. G. B. möglich sei. — Diesen Ausführungen soll folgender Einwand entgegengesetzt werden. Die Vorschriften des BGB. über die Vormundschaft gelten bis auf wenige Ausnahmen auch für die Amtsvormundschaft. Nicht auf die Entstehung der Vormundschaft, sei es, daß sie vom Vormundschaftgericht bestellt wird, sei es, daß sie unmittelbar auf Gesetz beruht, sei es daß sie gemäß § 32 J. W. Ges. übertragen wird, kann entscheidendes Gewicht gelegt werden, sondern vielmehr auf ihren Inhalt; dieser ist jedoch bei der Amtsvormundschaft kraft Gesetzes, wie auch bei deren Uebertragung derselbe wie bei der Vormundschaft des BGB. Diese Gründe rechtfertigen demnach eine Bestrafung der Personen, denen auf Grund von § 32 Jugendw. Ges. die Vormundschaft übertragen ist, wegen Untreue.

Vater und Mutter fallen auch unter die Bestimmungen der Ziff. 1, [9]) soweit sie zu Vormündern bestellt werden können. [10]) — Keine Vormünder im Sinne der Ziff. 1 sind der Vormundschaftsrichter, der Familienrat, der Gemeindewaisenrat. (Mayer S. 128).

Der Ausdruck „Kurator" findet sich nicht mehr im geltenden bürgerlichen Rechte, er ist vielmehr im Preuß. Landrecht einheimisch gewesen, und zwar war der Kurator im Gegensatz zum Vormunde, dem die Sorge für alle Angelegenheiten des Mündels übertragen worden war, nur zur Erledigung bestimmter Einzelgeschäfte oder bestimmter Kreise von Angelegenheiten ernannt. An die Stelle der Kuratoren sind im heutigen Rechte die Pfleger nach den §§ 1909—1914 BGB. getreten. [11]) Es erscheint nur Draheim (S. 20) zweifelhaft, ob auch der gemäß § 1910 Abs. 1 BGB. bestellte Pfleger unter die Kuratoren zu zählen sein wird, was jedoch m. E. nicht zweifelhaft ist. Auch Draheim kommt schließlich zu einem bejahenden Ergebnis. Cartier (S. 4) stellt es darauf ab, ob den Pflegern die volle Repräsentation des Mündels zusteht, oder ob sie bloß einzelne vormundschaftliche Handlungen auszuüben haben. Im ersteren Falle reiht er sie den Vormündern ein, im letzteren Falle zählt er sie den Kuratoren zu.

---

[8]) E 60, 311; J. W. 46, 908

[9]) Anm. So auch die allgemeine Meinung. Vergl. für altes Recht E. 16, 343ff; Ebermayer N. 7; Ammon S. 35

[10]) Anm. Sie sind berufen zur Vormundschaft über Volljährige § 1899, B. G. B. die uneheliche Mutter zum Vormund über ihr Kind § 1778 Abs. 3 B. G. B.

[11]) Binding S. 399; Wachenfeld S. 428; Gerland S. 418; Engelhard S. 14; L. K. 2, 7 Krause S. 6; Herrmann S. 19; H. Mayer S. 129; Schwartz N. 3

Nicht zu den Kuratoren zu rechnen ist der Mutter gemäß § 1687 BGB. bestellte Beistand. Denn er steht nicht in einem Schutzverhältnis zu dem Mündel, sondern er ist nur verpflichtet, die eheliche Mutter bei der Ausübung der elterlichen Gewalt zu unterstützen und zu beaufsichtigen. Eine Ausnahme ist jedoch für den Fall des § 1693 BGB. zu machen, wenn und soweit ihm ganz oder teilweise die Vermögensverwaltung übertragen ist. [12])

Der Helfer gemäß § 58 Reichs-Jugendw. Ges., der den Minderjährigen zu beaufsichtigen hat, nimmt eine ähnliche Stellung wie der Beistand der Muter nach § 1689 BGB. ein, er gehört somit nicht zu den Kuratoren.

Auch der elterliche Gewalthaber und der Ehemann als Verwalter des Vermögens der Frau (§§ 1363 ff., 1626 ff. BGB.) sind nicht zu den Kuratoren zu rechnen; [13]) der Ehemann gehört jedoch in dem Falle hierher, wenn er als Pfleger für seine Frau bestellt ist. [14]) Auch ist der Vorstand einer Sparkasse trotz der Bezeichnung als Kuratorium nicht als Kurator im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. [15]) Dasselbe gilt auch für die Vorstände einer juristischen Person. Den Grund hat man darin zu erblicken, daß das Institut der Pflegschaft sich aus familienrechtlichen Verhältnissen entwickelt hat; eine Ausdehnung dieser Vorschriften ist somit auf vorliegende Fälle nicht angängig.

Der Sequester kommt im heutigen Recht grundsätzlich nur als Zwangsverwalter von Grundstücken [16]) und in der ZPO. §§ 848, 855, 938 vor. Das Charakteristikum des Sequesters hat man darin zu finden, daß er vom Gericht als Zwangsverwalter bestellt wird, um einen bestehenden Anspruch zwangsweise zu realisieren. Im Gegensatz zum Pfleger, der die Fürsorge für das vom Berechtigten anvertraute Gut hat, soll der Sequester die Ansprüche Dritter gegen den Berechtigten sichern oder zwangsweise durchführen.

Der in Ziff. 1 aufgeführte Güterpfleger ist unter den Begriff des Kurators zu bringen. Man kann wohl mit Mayer (S. 132) unter dieser Bezeichnung diejenigen Pflegschaftsfälle zusammenfassen, in denen der Pflegebefohlene keine benannte Person ist, also z. B. der Pfleger einer bestimmten, wenn auch unbekannten oder erst zukünftigen Person.

Zu den Massenverwaltern ist vornehmlich der Konkursverwalter zu rechnen. Sein Wesen hat man dahin festzulegen, daß er nicht als Bevollmächtigter der Gläubiger zu gelten hat, sondern vielmehr ein Organ ist, das zur Erledigung der durch den Konkurs hervorgerufenen Geschäfte bestellt ist und das seine Machtstellung dem öffentlichen Rechte entnimmt. Das R.G. gibt diesem Gedanken in folgendem Satze Ausdruck: „er ist bestellt, um kraft Gesetzes für Wahrnehmung sachlicher Ineressen, nämlich fremder Vermögens-

---

[12]) Anm. Cartier S. 5; Olshausen Nr. 4 zu § 266; Ebermayer N. 2, 7; Gerland S. 517; Nr. 8 H.; Mayer S. 128; Wachenfeld S. 428; E. 35, 338
[13]) Binding S. 339; Gerland S. 518; L. K. N. II. 7; E. 15, 211 E. 16, 307
[14]) L. Z. 18, 167; Recht 27 Nr. 1394
[15]) E. 24, 109
[16]) Anm. § 150 Z. V. G.; E. 38, S. 190; Ebermayer II. 7

interessen, zu sorgen, daher ist er nicht Bevollmächtigter nach § 266 Ziff. 2 Str. G. B., sondern gehört zu den im § 266 Ziff. 1 genannten Personen." [17]) Zu den Massenverwaltern wurde nach Ansicht der Praxis hierher gezählt der gemäß §§ 61, 58 des (alten) Genossenschaftsgesetzes vom 5. 7. 68 zum Leiter des Umlegeverfahrens bestellte Liquidator einer eingetragenen Genossenschaft, [18]) ferner der Nachlaßverwalter (§ 2062 BGB., dessen Tätigkeit sich zum Teil mit der des Testamentsvollstreckers berühren wird. [19])

Unter dem Vollstrecker letztwilliger Verfügungen ist der Testamentsvollstrecker [20]) gemeint. Er ist jedoch nur zur Ausführung letztwilliger Verfügungen berufen, nicht aber auch zur Ausführung von Erbverträgen.

Als letztes Subjekt werden im Personenkreise der Ziff. 1 die Verwalter von Stiftungen genannt. Das Wesen der Stiftungen des BGB. hat man dahin zu kennzeichnen, daß sie „eine nicht in einem Personenverbande bestehende, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Organisation zur Verwirklichung bestimmter Zwecke ist. [21]) Bei der allgemeinen Ausdrucksweise des Gesetzes braucht man jedoch nicht unter diese Bestimmungen nur die Stiftungen des B. G. B. zu zählen, vielmehr fallen auch die Stiftungen des öffentlichen Rechts hierunter. Stiftungsverwalter kann sowohl eine Einzerperson als auch eine Personenmehrheit sein; auch braucht der Verwalter nicht von einer Behörde ernannt zu sein, da das Gesetz dieses Erfordernis nicht aufstellt. [22])

Die kasuistische Aufzählung bedingte es, daß nicht alle Fälle, deren Einordnung in das Strafgesetzbuch ein Bedürfnis war, von der Gesetzgebung berücksichtigt wurden. Eine sinngemäße Ausdehnung des in Nr. 1 umgrenzten Personenkreises ist schlechthin unzulässig. So kommt es, daß die Praxis viele Fälle, für deren strafrechtliche Ahndung sich schon das Volksempfinden ausspricht, unbestraft lassen muß. Es gehören daher z. B. nicht unter die Ziff. 1 die Vollstrecker von Erbverträgen, die Verwalter von sogenannten fiduziarischen oder unselbständigen Stiftungen, da diese keine ‚Stiftung" im Rechtssinne darstellen. Es sind hierunter vielmehr Zuwendungen zu verstehen, die einer bestehenden juristischen Person zu einem bestimmten Zwecke gemacht werden. Auch gehören nicht hierher die Mitglieder eines Gläubigerausschusses. [23])

Damit die Eigenschaft als Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker im Sinne von § 266 Ziff. 1 begründet ist, hat man es auf eine gültige Bestellung abzustellen. [24]) Bei der Beantwortung der Frage, wann eine gültige Bestallung vorliegt oder nicht, ist vieles bestritten. Oertliche Unzuständigkeit oder die Untauglich-

---

[17]) Anm. E. 26, 107
[18]) E. 19, 184
[19]) Ammon S. 37; L. K. II, 7; Mayer S. 132; Olshausen N. 4 zu § 266
[20]) Vergl. über das Amt des Testamentsvollstreckers die §§ 2197ff
[21]) Anm. Enneccerus I, 1 S. 276
[22]) Verfasser sieht keinen Grund dieses Erfordernis aufzustellen, vergl. darüber Ammon S. 33ff; anderer Meinung L. K. 2, 7, der scheinbar nur den Fall der §§ 29, 80ff B. G. B. gelten lassen will.
[23]) Anm. E. 39, 386
[24]) L. K. N. II, 9; Olshausen Nr. 3

keit der betreffenden Person auf Grund der §§ 1781—1784 B. G. B. machen die Ernennung nicht unwirksam. Die versehentliche Bestellung eines Vormundes für einen Volljährigen ist rechtsungültig.[25]) Die Ernennug eines Geschäftsunfähigen dagegen ist schlechthin nichtig und wirkungslos;[26]) ebenso entbehrt die Bestellung von seiten eines sachlich nicht zuständigen Gerichts der Wirksamkeit.[27]) Auch ist derjenige nicht Testamentsvollstrecker, der bestellt ist, ohne daß eine letztwillige Verfügung besteht.[28]) Die Personen, die in einer so unzulässigen Weise bestellt sind, können sich wohl eine Bestrafung wegen Unterschlagung, Betruges und dergleichen zuziehen, niemals aber eine solche wegen Untreue.

Die Fähigkeit, geeignetes Subjekt der Strafbestimmung der Ziff. 1 des § 266 zu sein, beginnt mit der Uebernahme des Amtes. Die Festlegung und Bestimmung dieses Zeitpunktes wird nicht schwer fallen. Schwieriger gestaltet sich die Entscheidung der Frage, wann das Amt endigt. Formell endigt die Vormundschaft z. B. automatisch mit dem Tode des Mündels oder dessen Grossjährigkeit; mit diesem Zeitpunkte endigt auch in der Regel die rechtliche Vertretungsmacht des Vormundes. Immerhin wird man jedoch annehmen müssen, daß eine Bestrafung wegen Untreue noch so lange möglich ist, als das Vormundschaftsverhältnis noch in einzelnen Beziehungen fortdauert, z. B. §§ 1890, 1893 B. G. B.[29]) Die Vertretungsmacht bleibt somit nicht generell, sondern nur in den durch das B. G. B. festgelegten Fällen bestehen. Das über die Fortdauer des Vormundschaftsverhältnisses Gesagte muß auch, trotzdem formell die Vormundschaft aufhörte, auf die übrigen Fälle der Ziff. 1 seine Geltung haben.

Eine besondere Regelung findet sich noch für den Testamentsvollstrecker. Für die Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen Testamentsvollstrecker und den Erben verweist das B. G. B. in § 2218 auf die Bestimmungen des Auftrages. Nach § 673 Satz 2 B. G. B. hat der Erbe des Beauftragten, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Geschäftsbesorgung fortzusetzen, bis anderweitig Fürsorge getroffen werden kann; insoweit gilt der Auftrag als fortbestehend. Nach § 674 B. G. B. gilt der Auftrag zu Gunsten des Beauftragten gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß. Auch wenn sein Amt formell schon beendet ist, kann der Testamentsvollstrecker noch rechtswirksame Verfügungen vornehmen; für die Zeit des Fortbestehens gilt somit auch der § 266 Str. G. B.

b. Zif. 3 des § 266.

Im Zusammenhange mit der Ziff. 1 des § 266 Str. G. B. behandelt Verfasser die Untreuesubjekte der Ziff. 3, da ja, wie schon oben dargelegt, eine Wesensverwandtschaft zwischen beiden Ziff.

[25]) E. 11, 201; Ammon S. 40
[26]) § 1780 B. G. B.; E. 45, 311; H. Mayer S. 138 Nr. 88
[27]) §§ 7, 32, F. G. G.; H. Mayer, S. 138 Nr. 89
[28]) E. 11, 201.
[29]) Anm. Binding S. 402; Leopold S. 35

besteht. Um als Untreuesubjekt unter die Bestimmung des § 266 Ziff. 3 zu fallen, ist zu fordern, daß die einzelnen Personen zur Betreibung eines Gewerbes verpflichtet sind. Die Hervorhebung einiger Gewerbearten ist nur beipielsweise erfolgt, wie Verfasser schon früher darlegte; die Generalklausel der Ziff. 3 läßt es daher zu, daß auch andere Personen unter diese Strafbestimmung fallen, sofern nur die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Den Begriff des Gewerbetreibenden kann man wohl dahin definieren, daß hierunter im allgemeinen alle erlaubten Erwerbsarten, insbesondere Industrie, Handel und verwandte Erwerbszweige fallen, ausgenommen die Gewinnung roher Naturerzeugnisse, die höheren Berufsarten und der Gesindedienst. [30])

Gewerbetreibender ist nun derjenige, der eine dieser Tätigkeiten um des Erwerbes willen und berufsmäßig ausübt. — Nicht unter die Gewerbetreibenden werden nach allgemeiner Ansicht die Beamten gerechnet; sodann fällt unter die Strafbestimmung nur der selbständige Gewerbetreibende, der rechtsgültig verpflichtet und angestellt wird, nicht der Gewerbegehilfe.

Aus dem engen Zusammenhange der Bestimmung der Ziff. 3 mit der des § 36 Gewerbe-Ordnung ergibt sich, wie auch in der herrschenden Lehrmeinung mit Recht vertreten wird, daß der Ausdruck „von der Obrigkeit verpflichtet" im Sinne des § 36 Gew. O. zu interpretieren ist, d. h. die Gewerbetreibenden müssen von den verfassungsmäßig dazu befugten Staats- oder Kommunalbehörden beeidigt und öffentlich angestellt sein. Eine Grundbedingung der Ziff. 3 ist demnach, daß die dort genannten Personen von der Obrigkeit verpflichtet werden müssen; eine bloße Konzessionierung genügt nicht. [31]) Wie sich aus § 36 Gew. O. ergibt, verlangt die Verpflichtung notwendigerweise eine Beeidigung und öffentliche Anstellung. Durch die obrigkeitliche Verpflichtung verlieren die Personen nicht etwa den Charakter des Gewerbetreibenden und werden somit zu Beamten, ihre Stellung bleibt vielmehr die gleiche. Andererseits fallen nicht unter die Bestimmung der Ziff. 3 Beamte, die gleiche oder ähnliche Aufgaben zu erfüllen haben. [32]) Obrigkeit im Sinne vorliegender Gesetzesbestimmung sind die zur Verpflichtung von Gewerbetreibenden verfassungsmäßig befugten Staats- oder Kommunalbehörden.

Im einzelnen ist zu den genannten Personen der Ziff. 3 folgendes zu sagen. Keiner näheren Erläuterung bedarf der Begriff des Feldmessers. Man hat darunter die Personen zu verstehen, die mit dem Ausmessen von Grundstücken, insbesondere auch bei Arrondierungen und Grenzstreitigkeiten beschäftigt werden. Von der Mehrzahl der Schriftsteller werden auch die Markscheider, die die unterirdischen Grubenbauten vermessen, hierhergerechnet. [33])

Der Ausdruck „Versteigerer" ist mit dem in der Gew. O. gebrauchten Fremdworte Auktionator identisch. Der Versteigerer übernimmt das gewerbsmäßige Ausbieten fremder Sachen, gleich-

---

[30]) Anm. Landmann S. 44
[31]) Anm. E. 44, 67
[32]) Anm. E. 56, 101
[33]) Anm. a. M. Mayer S. 213

gültig ist es, ob es sich dabei um Mobilen oder Inmobilen handelt. Wegen seines Beamtencharakters ist der Gerichtsvollzieher nicht zu den Versteigerern zu rechnen.

Der Mäkler ist nicht mehr in § 36 Gew. O. enthalten. Auch dem H. G. B. ist der amtlich bestellte Makler fremd, so daß er nicht mehr unter die Subjekte der Ziff. 3 zu rechnen ist. Nur der Börsenmakler wird heute noch verpflichtet und angestellt (§ 30 Börsengesetz); er kann daher unter die Bestimmung der Ziff. 3 fallen.

Den Güterbestätigern, Schaffnern, Brakern, Schauern, Stauern, Messern ist sämtlich eigen, daß sie die Beschaffenheit, Menge oder richtige Verpackung von Waren irgend einer Art feststellen. Im übrigen sind die Bezeichnungen zum Teil unklar und veraltet, zum anderen Teil nur in bestimmten Gegenden Deutschlands bekannt und gebräuchlich.

Dem Güterbestätiger liegt die amtliche Feststellung der Beschaffenheit von Waren, dem Schaffner die amtliche gewerbsmäßige Besorgung von gewissen Diensten ob.

Keine Erklärung bedürfen die Ausdrücke „Messer und Wäger"; sie sind obrigkeitlich angestellte Personen, die das Wiegen und Vermessen von Gütern auf Märkten und in den Häfen zu betreuen haben. Unter Braker hat man solche Leute zu verstehen, welche zur Aussonderung von Waren bestellt sind. [34]) Die Schauer besorgen als selbständige Gewerbetreibende das Entladen und Löschen des Schiffes, die Stauer dagegen das richtige Beladen derselben.

In dem Bereich der Ziff. 3 fallen auf Grund der Generalklausel: die Bücherrevisoren, Gewerbetreibende, welche den Feingehalt edler Metalle feststellen, ferner Medizinalpersonen, [35]) vereidigte Chemiker und Elektrotechniker. [36])

Den Personen der Ziff. 3 ist jedoch, wie schon oben gesagt wurde, der das Wesen der Untreue ausmachende Mißbrauch der Verfügungsgewalt fremd. [37])

c. Zif. 2 des § 266.

Während bei den Personengruppen der Ziff. 1 und 3 die Mitwirkung der Obrigkeit von Bedeutung ist, umfaßt die Ziff. 2 nur die Fälle, bei denen „Bevollmächtigte über Forderungen oder ähnliche Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen", d. h. Personen, die von dem Vollmachtgeber durch das private Rechtsgeschäft der Bevollmächtigung in die Lage versetzt werden, rechtswirksam über das Vermögen des Machtgebers zu verfügen. Das Wesen der Vollmacht ist schon in den früheren Ausführungen als die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht festgelegt worden. Die Vertretungsmacht muß auf einem privaten Rechtsgeschäfte beruhen, doch kann ihr Inhalt

[34]) Anm. Ammon S. 57
[35]) Anm. Olshausen Nr. 10
[36]) Anm. Mayer S. 266
[37]) vgl. auch Oetker a. a. O. S. 283

und Umfang durch das Gesetz selbst begrenzt sein. So ermächtigt z. B. die Prokura im Sinne des § 49 H. G. B. zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsgeschäften, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Eine Einschränkung dieser in § 49 H. G. B. behandelten Vertretungsmacht ist nur im Rahmen des Abs. 2 möglich. — Auch die Handlungsvollmacht des § 54 H. G. B. ist an dieser Stelle zu behandeln. Ihr Umfang ist gegenüber der Prokura wesentlichen Beschränkungen unterworfen. Sie ermächtigt, abgesehen von einigen Ausnahmen, nur zur Vornahme von Handlungen, die in einem Betriebe vorkommen, der dem des Vollmachtgebers gleicht. — Zu berücksichtigen ist jedoch, daß in beiden §§ nur die Beziehungen im Verhältnis zu Dritten ihre Regelung erfahren haben, das Innenverhältnis, das zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten besteht, wird von diesen §§ nicht berührt.

Stellung nehmen muß Verfasser zu der von Grunow (S. 19), Aschauer (S. 20) und Konrad (S. 22) aufgeworfenen Kontroverse, daß das der Vollmacht zu Grunde liegende obligatorische Rechtsverhältnis immer ein Auftrag sein muß. Das vom Gesetz gebrauchte Wort „Auftraggeber" ist, wie schon oben dargelegt, nicht im Sinne des Bürgerlichen Rechts zu interpretieren. Auftraggeber ist, wie Frank[38]) mit Recht hervorhebt, vielmehr nur ein dem älteren Sprachgebrauche gemäßer laxer Ausdruck für Vollmachtgeber. Der Wortlaut der Gesetzesbestimmung ist für den heutigen Sprachgebrauch nicht mehr passend. Statt des Ausdruckes „Bevollmächtigter" muß das Wort „Beauftragter" verwandt werden, wenn nur das obligatorische Innenverhältnis gemeint werden soll, andererseits stimmt das Wort „Auftraggeber" nicht für den Fall, wenn das Vollmachtsverhältnis bezeichnet werden soll, hier ist vielmehr die Bezeichnung „Vollmachtgeber" am Platze. Es ist nicht einzusehen, daß nur Bevollmächtigte, die auf Grund eines Auftragsverhältnisses tätig sind, bestraft werden sollen, zumal Auftrag nur eine Unterart eines Geschäftsbesorgungsvertrages bezeichnet, der sowohl Dienst- als auch Werkvertrag sein kann. Andererseits würde die oben dargelegte Meinung dazu führen, daß nur unentgeltlich handelnde Bevollmächtigte unter den Rahmen dieser Strafbestimmung fallen würden, während die entgeltlich handelnden Bevollmächtigten straffrei ausgingen. Aus dem Wortlaute des Gesetzes können obige Autoren m. E. einen stichhaltigen Grund nicht herleiten. Die Vollmacht kann demnach neben dem Auftrage auch auf einem Dienst- oder Werkvertrage, Gesellschaftsvertrage oder ähnlichen Vertragsverhältnissen beruhen.[39])

Der Begriff des Bevollmächigten im Sinne der Ziff. 2 setzt voraus, daß nur solche Personen als Bevollmächtigte anzusprechen sind, denen rechtsgeschäftliche Tätigkeit für den Machtgeber über-

---

[38]) Anm. Frank II, 2
[39]) Anm. Ebenso die herrschende Meinung Olshausen Nr. 5 Frank Nr. II, 2; L. K. Nr. 11, Herrmann S.25; Hirschfeld S.51; König S. 35

tragen ist; der Bevollmächtigte muß daher immer die Rechtsmacht besitzen, namens seines Geschäftsherrn Rechtsgeschäfte abzuschließen.

Aus diesem Grunde haben vorerst alle die Fälle hier auszuscheiden, in denen der Bestellte bloß technische Dienstleistungen zu vollbringen hat. Als Bevollmächtigte wurden daher von R. G. nicht angesehen ein Waldhüter, der eine Parzelle nur zu beaufsichtigen hatte,[40]) ferner ein Förster, sofern er nicht z. B. zu Holzverkäufen ermächtigt war,[41]) ebenfalls nicht ein Werkmeister[42]) und ein Betriebsingenieur.[43]) Aus der Kategorie der Bevollmächtigten sind auch die Personen auszuscheiden, die bei dem Abschlusse von Rechtsgeschäften für andere zwar mitwirken, aber nur Willenserklärungen entgegennehmen oder überbringen ohne selbständige Entschließungsbefugnis und daher nicht als Vertreter im Willen, sondern nur als Werkzeuge anzusehen sind. Hierher sind sind zu rechnen die Boten,[44]) der Mäkler und der Quittungsüberbringer.[45])

Nach dem Sprachgebrauche des B. G. B. ist nur derjenige Stellvertreter, der im Namen des Machtgebers handelt. Bestritten ist jedoch die Frage, ob auch der indirekte Stellvertreter oder Ermächtigte Untreue im Sinne der Ziff. 2 des § 266 begehen kann. Das Wesen der Ermächtigung, die übrigens in Literatur und Rechtsprechung anerkannt ist, hat man darin zu erblicken, daß der Ermächtigte im eigenen Namen Rechtsgeschäfte mit Rechtswirksamkeit für den Ermächtigenden abschließen kann. Hierher sind zu rechnen die Verfügungsermächtigung, die Verpflichtungsermächtigung und die Prozßführungsermächtigung. Die Rechtsgeschäfte, die der Ermächtigte abschließt, muß der Ermächtigende unmittelbar gegen sich gelten lassen. Die Sachlage ist demnach die gleiche, wie wir sie bei der Vollmacht haben. Alle diese Erwägungen rechtfertigen für die Ziff. 2 des § 266 die Gleichstellung der Ermächtigung mit der Vollmacht.[46])

Als Bevollmächtigte sind in Literatur und Praxis angesehen worden Rechtsanwälte, die Gelder an die Gläubiger des Mandanten zu bezahlen, andererseits den Mandanten im Empfang von solchen zu vertreten haben. (E. 32, 30; G. 46, 426; Ammon S. 66; Cartier S. 15; Engelhard S. 21), der Direktor einer Preuß. Kreissparkasse (Recht 30 Nr. 2584). Auch der Prozeßagent kann auf Grund seines Geschäftsbesorgungsvertrages mit Vertretungsmacht ausgestattet werden. (E. 39, 118). Ferner gehören in den Rah-

---

[40]) E. 7, 377
[41]) Anm. E. 36, 133; L. Z. 1918 S. 281 Nr. 25
[42]) E. 50, 314
[43]) E. 11, 243
[44]) E. 42, 211; vergl. bez. des Boten die eingehenden Ausführungen Mayers auf S. 231ff
[45]) E. 42, 211
[46]) Anm. 1. Man kam zu diesem Ergebnis unter analoger Anwendung der §§ 182, 183, 185 B. G. B. Ebenso R. G. Z. 53/274; Ebenso die herrschende Lehre: E 7, 377; G 46, 49; 46, 444; Z Str. W. 44, 615; Leopold S. 31, Binding S. 400, Gerland S. 518

men dieser Gesetzesbestimmung der Versteigerer, der im fremden Namen für fremde Rechnung versteigert (Seuff. Bl. 77, 368; E. 57, 247; Recht 27 Nr. 1068; O. L. G. Hamburg L. Z. 11, 354), der Fahrkartenverkäufer einer Privatbahn (L. Z. 13, 715; Recht 23 Nr. 1016), der Straßenbahnschaffner (G. 59, 458; Thöl D. Str. Z. 6, 116), der Kassierer einer eingetragenen Genossenschaft (E. 9, 356). Straßenverkäufer sind Bevollmächtigte, wenn sie selbständig Geschäfte abschließen dürfen, ebenfalls Privatförster, sofern sie selbständig Holzverkäufe abschließen dürfen und auch zur Empfangnahme des Kaufpreises ermächtigt sind (L. Z. 12, 281; Recht 22 Nr. 1287, 1277).

Eine Kontroverse besteht hinsichtlich der Frage, ob der nicht von der Vertretung ausgeschlossene offene Handelsgesellschafter als Bevollmächtigter im Sinne der Ziff. 2 anzusprechen ist. Keine näheren Ausführungen braucht Verfasser zu machen, daß auch der offene Handelsgesellschafter eine rechtliche Verfügungsmacht besitzt, wie sie notwendigerweise als Grundvoraussetzung für die Untreue zu fordern ist. Bedenken werden nur deswegen laut, weil seine Vertretungsmacht nicht auf der freien Willenserklärung des Geschäftsherrn, sondern auf Gesetz beruht; denn das Gesetz bestimmt, daß jeder Gesellschafter zur Vertretung ermächtigt sei. Dem gegenüber ist jedoch einzuwenden, daß die Vertretungsmacht des Gesellschafters mittelbar doch aus einem Rechtsgeschäfte fließt, beruht sie doch auf dem Gesellschaftsvertrage. Dadurch aber, daß auf Grund des § 125 H. G. B. der offene Handelsgesellschafter von der Vertretung ausgeschlossen werden kann, wird zum Ausdrucke gebracht, daß die Vertretungsmacht doch auf einer rechtsgeschäftlichen Erteilung beruht. Denn die Nichtausschließung des Gesellschafters im einzelnen Falle ist eben als eine Uebertragung der Vertretungsmacht zu charakterisieren; in diesem Sinne spricht sich auch die herrschende Lehre aus. [47])

Die gesetzliche Regelung der Vertretung braucht noch nicht zu der Ansicht verführen, daß es sich in diesen Fällen immer um eine gesetzliche Vertretung handelt; vielmehr beruht die Vertretungsmacht, wie bei der offenen Handelungsgesellschaft, so auch bei ähnlich gelagerten Fällen auf dem privaten Gesellschaftsvertrage. Es gehören demnach hier: der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft (§ 161 Abs. 2; § 125, § 170 H. G. B.), (der Kommanditist ist, auch wenn er im Innenverhältnis zur Geschäftsführung berechtigt ist, nur dann mit Vertretungsmacht begabt, wenn ihm Prokura erteilt ist, J. W. 55, 1574), der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, [48]) der Geschäftsführer einer G. m. b. H., die Vorstände eingetragener Genossenschaften und Mitglieder des Vorstandes und

---

[47]) Anm. E. 19, 271; 23, 315; 26, 246; L. Z. 14, 473; 12, 756; J. W. 54, 146; Frank II, 2; Schwartz N. 4 a; Konrad S. 26; Leopold S. 29; H. Mayer S. 242; a. M. Binding, S. 399; Freudenthal S. 108ff., Draheim S. 25; Ammon S. 61; Cartier S. 12 Nr. 2; Engelhard S. 22

[48]) E. 34, 374

Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft, [49]) [50]) die Vorstandsmitglieder einer Innung, [51]) die Liquidatoren einer aufgelösten Handelsgesellschaft bezw. einer im Konkurs befindlichen Genossenschaft. [52]) Der Gesellschafter einer Gesellschaft des B. G. B. (§ 705 B. G. B.) ist nach § 714 B. G. B. Bevollmächtigter der Mitgesellschafter, nicht etwa der Gesellschaft an sich, da diese der Rechtspersönlichkeit entbehrt.

Der Ehemann, dem die Verwaltung des eingebrachten Gutes gesetzlich zusteht, ist nicht Bevollmächtigter im Sinne dieser Gesetzesbestimmung; [53]) jedoch kann er es sein, wenn ihm auf Grund des Ehevertrages Vollmacht erteilt wird. [54])

Nicht ist aber der Beamte Subjekt der Untreue nach Ziff. 2. Zwar hat das R. G. [55]) sich in fortgesetzter Rechtsprechung für die Bevollmächtigteneigenschaft des Beamten ausgesprochen, aber die in der Literatur [56]) herrschende Lehrmeinung hat sich einmütig gegen diese Auffassung gewandt.

Das Verhältnis zwischen Staat und seinen Beamten ist nicht das eines Vertragsverhältnisses derart, daß der Beamte sich zu Dienstleistungen, der Staat sich zur Zahlung des Gehaltes verpflichtet; es ist vielmehr ein rein öffentlich-rechtliches, es entsteht durch einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung. [57]) Das R. G. [58]) teilt die Aufgaben der Beamten in obrigkeitliche, technische und wirtschaftliche und hält bei Geschäften letzterer Art ein Vollmachtsverhältnis für möglich. Diese Auffassung ist aber falsch, denn die Vertretungsmacht der Beamten beruht nicht auf einem Rechtsgeschäfte, vielmehr auf einem Staatshoheitsakte, jedenfalls auf einem Verhältnisse, auf das zivilrechtliche Regel keine Anwendung finden. Eine Bestrafung könnte höchstens auf Grund der Zif. 1 möglich sein; da jedoch diese Zif. keine analoge Anwendung zuläßt, ist die Bestrafung von Beamten wegen Untreue nach geltendem Recht nicht möglich; auch an dieser Stelle macht sich die Lücke im Gesetz bemerkbar.

---

[49])Die Organe der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien haben, wenn sie auch unter die Ziff. 2 des § 266 fallen, ihre besondere Regelung in § 312 H. G. B. gefunden

[50])E. 7, 279; 15, 42; 53, 194; R. 9 356; Recht 18 Nr. 1928; 25 Nr. 2922; H. Mayer S. 239, 242

[51])E. 14, 401; 38, 363; 23, 97; G. 48. 443; H. Mayer S. 242

[52])R. 10, 201; E. 19, 184

[53])Binding S. 399

[54])Frank Nr. II. L. K. Nr. 11; Olshausen Nr. 5c

[55])In der Rechtsprechung des R. G. werden zu den Bevollmächtigten gezählt: Ein Eisenbahngüter-Expedient (R. 4, 683); die Fahrkartenschalterbeamten der Eisenbahn (L. Z. 19, 372; Recht 28, Nr. 1601 L. Z. 19, 441), Vorsteher eines Postamtes (Jur. Rundschau 3 Nr. 985, der Direktor einer städtischen Sparkasse D. j. Z. 31, 1780; E. 61, 211), der preuß. Gemeindevorsteher nach der preuß. Landgemeinde-Ordnung vom 3. 7. 91. (L. Z. 20, 235), der Bürgermeister nach der preuß. Städte-Ordnung (E. 15, 41), ebenso Wachenfeld S. 428; zweifelnd Roder S. 17

[56])Binding S. 399; Freudenthal S. 109; Gerland S. 518; Ammon S. 67; Konrad S. 28ff.; Engelhard S. 20/21; H. Mayer 256/258; Herrmann S. 24; Hirschfeld S. 52; König S. 37

[57])Hatschek a. a. O. S. 303

[58])E. 15, 41

Im Gegensatz zu der hier von ihm vertretenen Ansicht zählt das R. G. in der Entscheidung Bd. 39 S. 385 die Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht zu den Bevollmächtigten, da sie eine von der Staatshoheit abgeleitete Aufsichtsstellung haben. [59])

Eine Ausnahme ist zu machen für den Gerichtsvollzieher. Grundsätzlich hat er Beamtencharakter; aber das schließt nicht aus, daß er bei Ausführungen von Zustellungen und Zwangsvollstreckungen die Stellung eines Privatbevollmächtigten einnehmen kann; in diesem Sinne äußert sich auch die überwiegende Meinung in der Literatur.[60]) Eine ähnliche Doppelstellung nehmen in Preußen die Notare ein.

Zu bejahen ist die Frage, ob ein Minderjähriger sich eine Bestrafung nach § 266 Ziff. 2 Str. G. B. zuziehen kann. Ist einem Minderjährigen, der in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, Vollmacht erteilt worden, so hat er nach § 165 B. G. B. nach außen Vertretungsmacht. Das zu grundeliegende Rechtsverhältnis richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 107—113 B. G. B. Selbst wenn dieses unwirksam ist, kann die Vollmacht eine rechtliche Vertretungsmacht verleihen, zumal da auch das Strafgesetzbuch für den Untreuetatbestand der Ziff. 2 keine bestimmte Altersgrenze aufstellt; andererseits sind aber auch die einschränkenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches und des Jugendgerichtsgesetzes von 1924 zu berücksichtigen. [61])

Zu fordern ist nach der vom Verfasser vertretenen Auffassung vom Wesen der Untreue, daß die Vollmacht nach bürgerlichem Rechte rechtsgültigen Bestand hat. Abzulehnen ist die vom Reichsgericht vertretene Auffassung von einem „Bevollmächtigten im strafrechtlichen Sinne." Nach der reichsgerichtlichen Auffassung bleibt trotz der nach B. G. B. nichtigen Vollmacht noch ein tatsächliches Vertrauensverhältnis bestehen, aus dem sich eine Treuepflicht ergibt. Eine Verletzung derselben rechtfertigt demnach nach dieser Ansicht eine Bestrafung wegen Untreue. [62])

Das Gesetz spricht jedoch von einem „Bevollmächtigten." Wer Bevollmächtigter ist, das kann sich m. E. nur nach dem Zivilrecht bestimmen. Straf- und Zivilrecht müssen in diesem Falle mit einander korrespondieren. Ein Vollmachtsverhältnis, das nach den Bestimmungen des B. G. B. nicht besteht, kann m. E. daher auch nicht für das Strafrecht von Wirksamkeit sein. Wenn Verfasser auch zugeben muß, daß nach dem Rechtsgefühle eine Bestrafung der nach dem B. G. B. nicht gültig bestellten Bevollmächtigten, die das Vermögen ihres Machtgebers schädigen, zu wünschen sei, so darf man sich doch nicht zu einer so weiten Interpretation der Gesetzesbestimmung ohne gesetzliche Handhabe verleiten lassen. Bei

---

[59])L. K. Nr. II, 11

[60])Frank II, 2 zu § 266; Draheim S. 25; Cartier S. 11; Allfeld S. 486; Herrmann mit sehr eingehender Begründung S. 24—26; Hirschfeld S. 53; a. M. Konrad S. 28ff.; H. Mayer S. 259

[61])Binding S. 400; Leopold S. 33; Anm. 1. Ammon S. 64/65, Engelhard S. 19; Konrad S. 24, a. M. Mayer 248—251, der die Minderjährigen für untaugliche Subjekte der Untreue erklärt

[62])E. 41, 265; L. K. 12; Schwartz Nr. 4b; H. Mayer 244ff. besonders 246/47 252—253

einer nichtigen Vollmacht ist der „scheinbar Bevollmächtigte" eben gerade nicht „Bevollmächtigter", es fehlt somit an einem objektiven Tatbestandsmerkmale der Ziff. 2 des § 266 Str. G. B. — Wollte man auch diese Fälle bestrafen, dann müßte der Gesetzgeber in diesem Sinne den Tatbestand dieser Gesetzesbestimmung ändern.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Bestrafung wegen Untreue unmöglich, wenn die Vollmacht gegen die guten Sitten verstößt und deshalb nichtig ist.[63]) In demselben Sinne ist zu entscheiden, wenn die Vollmacht unter Außerachtlassung zivilrechtlicher Formvorschriften erteilt ist. Ist zwar grundsätzlich die Vollmacht formlos, so muß doch andererseits, wenn das Gesetz eine besondere Form vorschreibt, dieses wesentliche Erfordernis gewahrt sein, damit ein Vollmachtsverhältnis im Rechtssinne entsteht. Ein Fehlen dieser Voraussetzung rechtfertigt demnach nicht eine Bestrafung auf Grund des § 266 Ziff. 2 Str. G. B.

Kurz will Verfasser noch die Frage erörtern, ob der Bevollmächtigte auch noch nach Beendigung der Vollmacht sich einer Untreuehandlung schuldig machen kann. Auf Grund seiner Ausführungen über das Wesen der Untreue als Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht muß Verfasser sich im verneinenden Sinne äußern. Der Täter kann auf Grund seiner Vertretungsmacht rechtswirksam Verfügungen vornehmen, dies kann er jedoch nicht mehr, wenn die Vertretungsmacht fehlt. Es besteht für ihn höchstens die Möglichkeit, tatsächliche Einwirkungen auf das Vermögen seines Machtgebers vorzunehmen. In den Fällen der §§ 169—173 B. G. B. gilt das Vollmachtsverhältnis trotz tatsächlicher Beendigung der Vollmacht bestimmten Personen gegenüber als fortbestehend, sodaß eine Bestrafung wegen Untreue zulässig ist. Grundvoraussetzung ist aber immer, daß diese Personen gutgläubig sind, die Bösgläubigkeit derselben bewirkt, daß die Handlungen des Bevollmächtigten der rechtlichen Wirksamkeit entbehren, eine Bestrafung wegen Untreue also nicht mehr möglich ist.

§ 7. Der objektive Tatbestand der Untreue.

a. Objektiver Tatbestand des Vergehens des § 266 Zif. 1 Strafgesetzbuch. Begriff der Benachteiligung.

Objekt des Delikts des § 266 Str. G. B. ist ausschließlich nach der Auffassung der herrschenden Lehrmeinung, wie Verfasser schon früher nachzuweisen versuchte, das Vermögen, nicht werden durch § 266 Str. G. B. persönliche Rechte oder Interessen des Vollmachtgebers geschützt. Soll der Tatbestand vorliegender Strafbestimmung erfüllt sein, dann muß an diesem Vermögen eine Benachteiligung erfolgt sein.

In der Auslegung der Begriffe Vermögen und Benachteiligung ist vieles streitig; doch wird man sich von der von Frank [1]) und Olshausen [2]) vertretenen Auffassung anschließen dürfen, nach der

[63])So Olshausen Nr. 6a zu § 266; a. M. E. 41, 265
[1]) Frank III zu § 266.
[2]) Olshausen Nr. 2c zu 266

Herbeiführung eines Vermögensnachteils gleichbedeutend mit Vermögensbeschädigung im Sinn des § 263 Str. G. B. ist. Unter Vermögen hat man im Sinne der herrschenden Lehre [3]) den Inbegriff der geldwerten Güter zu verstehen, über die jemand rechtlich im eigenen Interesse selbst oder durch einen Vertreter verfügen kann. Schließt man sich dieser Auffassung von der Natur des Vermögens an, dann gehören zu ihm nicht nur Sachen, sondern auch Rechte; eine Vermögensbeschädigung kann daher in der Entziehung von Rechten an einer Sache sowie auch in einer Entziehung von Ansprüchen liegen. Gleichfalls hat man in der Begründung eines geldwerten dinglichen oder persönlichen Anspruches gegen den Inhaber des Vermögens eine Vermögensbeschädigung zu erblicken; demnach ist sie sowohl als Verminderung von Aktivposten als auch als Neubegründung von Passivposten denkbar. In der Frage, in welcher Beziehung man zu einem Gute stehen muß, hat man sich wohl dahin zu entscheiden, daß die tatsächliche Möglichkeit, über ein Gut zu verfügen, nicht genügen kann, vielmehr muß zwischen Person und den geldwerten Gütern eine Beziehung derart bestehen, daß jegliche Verfügung sich auf dem Rechte gründet. Daher kann eine gestohlene Sache nicht zum Vermögen jemandes gerechnet werden, da diese widerrechtlich besessen wird.

Legt Verfasser seine Meinung dahin fest, daß das Vermögen ein Inbegriff von geldwerten, einer bestimmten Person gehörenden Gütern sei, so kann er einen Vermögensschaden nur dann für vorliegend erachten, wenn der Wert desselben wider den Willen des Berechtigten vermindert wird. Das Vermögen muß nach Vollendung der Tat einen geringeren Wert darstellen, als es repräsentiert haben würde, wenn die Tat nicht begangen worden wäre. [4]) Einen anderen Standpunkt hinsichtlich des Begriffes „Vermögen“ nimmt Binding [5]) ein. Er unterscheidet zwischen juristischem und oekonomischen Vermögen. „Juristisch ist nach ihm jedes Vermögensrecht positiver Teil des Vermögens, oekonomisch kann es als Last erscheinen wie das Eigentum am Pferde, dem das Gnadenbrot gereicht wird. Juristisch bestimmen sich die Begriffe Vorteil und Schaden am Vermögen anders als wirtschaftlich. Im Rechtssinne ist jeder an seinem Vermögen geschädigt, der ohne die Billigung des Gesetzes um sein Vermögensrecht oder um die Sache, um der es besteht, oder um die Möglichkeit seiner vollen Ausübung gebracht wird, sowie derjenige, dem nicht geleistet wird, was er rechtlich zu fordern hat, nnd dem grundlos eine Leistungspflicht auferlegt wird, ganz einerlei, ob wirtschaftlich jene Einbuße wie in den weitaus meisten Fällen sich auch als Verlust oder aber ausnahmsweise als Gewinn darstellt.“

Gegen diese Binding'sche Auffassung läßt sich jedoch einwenden, daß das Strafgesetzbuch dem Bedürfnis des Volkes entsprungen ist, die Bestimmungen desselben sich daher auch dem Volksbewußt-

---

[3]) Olshausen zu § 263 Nr. 18; Frank zu § 263 V.; vergl. bezgl. Nachstehendem Frank S. 565ff.
[4]) E. 3, 142; 16, 1; 17, 233; 41, 74; vergl. auch E. 23, 280; 27, 39
[5]) S. 239ff

sein anpassen müssen. Denn nach der allgemeinen Auffassung des Volkes kann nur dann von einem Vermögensnachteil gesprochen werden, wenn wirklich eine positive, auch noch so kleine Minderung des Vermögens eingetreten ist. „Der natürliche Wortsinn wäre aber mit Binding's Ansicht verleugnet, ohne daß sich für diese Verleugnung irgend eine Rechtfertigung erbringen ließe. Einen Grund zu der Annahme, daß der Gesetzgeber von Vermögensbeschädigung in einem sprachlich unmöglichen Sinne rede, daß er das Erfordernis einer wirklichen Beschädigung nicht aufstellen, sondern ausschließen wolle, existiert nicht."[6])

Bei dem Delikte der Untreue kann somit als Vermögensbeschädigung nur die Minderung des Gesamtgeldwertes des Vermögens gelten. Der Vermögensnachteil kann auch in einer bloßen Gefährdung gefunden werden, freilich nur dann, wenn sie bereits eine nachteilige Veränderung des gegenwärtigen Vermögenszustandes enthält. Auch ist nicht zu fordern, daß der Vermögensnachteil ein dauernder ist; durch eine nachträgliche Ausgleichung kann er nicht behoben werden.[7]) Eine Unterscheidung zwischen wirklichem Schaden und entgangenem Gewinn findet nicht statt;[8]) eine Vermögensbeschädigung in Form entgangenen Gewinns ist nur da möglich, wo bereits ein rechtlich begründeter Anspruch auf das lucrum cessans bestanden hat. — Man darf andererseits in jeder benachteiligenden Handlung nicht den Tatbestand der Untreue für gegeben erachten, man muß den Handelnden eine gewisse Freiheit einräumen, um eine ordentliche Geschäftsführung zu ermöglichen. Erst wenn diese Grenzen nicht eingehalten sind, kann diese Tätigkeit für eine Untreuehandlung in Frage kommen.

Die Handlungsmöglichkeit der Untreue kann den verschiedensten Inhalt haben. Gegenstand der Vermögensbeschädigung kann alles sein, worüber in der Form von Rechtsgeschäften verfügt werden kann. Für die Ziffer 1 findet sich keine nähere Bestimmung darüber, in welcher Weise die Handlung vor sich gehen muß. So ist es denkbar, daß der Vormund durch Nichtunterbrechung einer Verjährung oder durch Nichteinlegung eines Rechtsmittels den Mündel benachteiligt.

Als Objekte der Benachteiligung werden in Ziff. 1 des § 266 Str. G. B. nur Sachen erwähnt. Der Begriff „Sache" ist nicht nach dem Sprachgebrauche des § 90 B. G. B. als körperlicher Gegenstand auszulegen, vielmehr fallen unter diesen Begriff Vermögensgegenstände jeglicher Art, also auch Forderungen. Auch darf man nicht aus dem Worte „Forderung" der Ziff. 2 des § 266 Str. G. B. ein Argument für die gegenteilige Auffassung herleiten. Diese Ausdrucksweise erklärt sich historisch, da § 266 Ziff. 2 gegenüber dem § 246 einen ergänzenden Charakter einnehmen sollte.[9])

---

[6]) Vergl. Holtzendorff a. a. O.
[7]) So Olshausen § 266 N. 2 b
[8]) Cartier S. 25
[9]) Gerland S. 518 v. Liszt S. 477, Allfeld S. 486, Wachenfeld S. 428, Cartier S. 20

Der Ausdruck „ihrer Aufsicht anvertraut“ erklärt sich ganz zwanglos daraus, daß die in Ziff. 1 aufgeführten Personen ihre Verfügungsbefugnis bekommen, da man ihnen das Vertrauen schenkte, sie werden nicht zum Nachteile des Machtgebers handeln. [10])

Damit die Benachteiligung auf Grund des § 266 Str. G. B. eine Bestrafung nach sich ziehen kann, ist zu fordern, daß der Täter gerade auf Grund seines eigentümlichen Verhältnisses gehandelt haben muß, das ihn zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen ermächtigt. [11])

Wenn bei kollidierenden Interessen des Vormundes und des Mündels ein Pfleger bestellt wird, so kann sich der Vormund in allen den Rechtsgeschäften keiner Untreue schuldig machen, für die der Pfleger bestellt ist; es fehlt ihm in diesen Fällen die für den Vormund zu fordernde Vertretungsmacht. [12])

c. Objektiver Tatbestand der Zif. 2 des § 266.

Als mögliches Objekt der Ziff. 2 nennt das Str. G. B. „Forderungen und andere Vermögensstücke des Auftraggebers“.

Unter dem Begriffe „Forderungen“ sind nur solche des Vollmachtgebers als Gläubigers gegenüber Dritten als Schuldnern, nicht aber solche des Vollmachtgebers gegenüber dem Bevollmächtigten zu verstehen. Denn das Verbot des Selbstkontrahierens des § 181 B. G. B. hindert den Bevollmächtigten, soweit es sich nicht ausschließlich um die Erfüllung seiner Verbindlichkeit handelt, rechtswirksam über seine eigenen Schulden gegenüber dem Vollmachtgeber zu verfügen. Ein Erfüllen der Verbindlichkeit von seiten des Bevollmächtigten stellt sich nie als eine Benachteiligung des Vollmachtgebers dar.

Der Begriff „Vermögensstücke“ ist, wie sich auch aus der Wortfassung ergibt, in dem Sinne gebraucht, daß nur Einzelobjekte des Aktivvermögens, also besonders auch bewegliche Sachen, hierher gezählt werden sollen. [13]) Alle Objekte von wirtschaftlichem Wert sind daher Vermögensstücke, wenn sie sich in Geld bestimmen lassen. Die Auslegung des Begriffes „Vermögensstücke“ birgt im einzelnen mancherlei Streitpunnkte in sich. In der Rechtsprechung des R. G. sind unter anderm als Vermögensstücke angesehen worden: Ein Hypothekenbrief, der einen selbständigen Wert wegen seiner jederzeitigen Umsatzfähigkeit darstellt (E. 41, 265; 39, 184; R. 9, 247;), Grundschuldbriefe (E. 61, 174), die vollstreckbare Ausfertigung eines gerichtlichen Vergleiches (G. 52, 246), ferner Kuxscheine des neueren Preuß. Rechts (E. 46, 144), Sparkassenbücher (Recht 19 Nr. 2183), Depotscheine (E. 26, 111) als Grundlage des Herausgabeanspruches, Patent- und Urheberrechte, der ideelle Anteil des Miteigentümers (E. 20, 436), die eingezahlten Geschäftsanteile einer Genossenschaft.

---

[10]) E. 4, 386
[11]) Binding S. 266
[12]) Zu derselben Entscheidung kommt auch das R. G. in E 13, 333
[13]) E 10, 72; 13, 376; J. W. 32, 354; H. Mayer 262—267

Eine Schuldverschreibung, die sich in den Händen des Schuldners befindet, gehört nicht zu seinem Aktivvermögen; denn die Schuldurkunde stellt mit Rücksicht auf ihren geringen Papierwert keinen selbständigen Vermögenswert dar. [14])

Bestritten ist die Frage, ob Blankoakzepte und -Schecks in der Hand des Akzeptanten oder Ausstellers oder des Bevollmächtigten derselben als Vermögensstücke des Akzeptanten oder Scheckausstellers anzusehen sind. Die Streitfrage ist in ständiger Rechtsprechung des R. G. bejaht worden; [15]) sie wird aber von der in der Literatur herrschenden Meinung verneint. [16]) Das R. G. erblickt den Vermögenswert des Blankoakzeptes darin, daß der Akzeptant, so lange er sich im Besitz und Eigentum des Akzeptes befindet, davor geschützt wird, durch rechtswidrigen Gebrauch ärmer gemacht zu werden. Hiergegen ist jedoch auszuführen, daß durch das Akzept weder der Akzeptant eine Bereicherung erfährt — der Vermögenswert bleibt vielmehr der gleiche — noch wird durch dasselbe eine Möglichkeit geschaffen, die bestehenden Vermögenswerte leichter zu realisieren. Auch trifft der Einwand Binding's zu, daß jedes Akzept für den Akzeptanten juristisch nur eine Verpflichtungsurkunde ist, der Papierstoff der Urkunde kaum als Vermögenswert aufgefaßt werden kann, so daß eine Bestrafung auf Grund des § 266 Ziff. 2 unmöglich ist. — Eine Ausnahme ist für den Fall zu machen, daß der Wechsel auf den Akzeptanten indossiert worden ist. In diesem Falle ist der Akzeptant nicht nur Schuldner, sondern auch gleichzeitig Gläubiger aus dem Wechsel, und diese Forderung ist ein Vermögensstück. [17])

Die Entscheidung, ob Vermögensstücke, insbesondere Forderungen, als solche des Vollmachtgebers anzusehen sind, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte. [18])

Als Vermögensstücke des Vollmachtgebers haben vornehmlich solche zu gelten, die bisher schon zu seinem Vermögen gehörten und als solche von dem Bevollmächtigten vorgefunden wurden, als auch solche, die der Bevollmächtigte im Namen des Vertretenen erwirbt.

Diese Auslegung, daß die Bestimmung, ob ein Vermögensstück als fremdes anzusprechen ist, nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen habe, deucht Kronecker [19]) zu eng zu sein; er will diese Entscheidung vielmehr nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten treffen. So sollen dem Vollmachtgeber auch diejenigen Vermögensstücke gehören, die lediglich auf Grund formell zivilistischer Mo-

[14]) E. 13, 376; Konrad S. 37; Engelhard S. 39

[15]) E. 13, 376; 10, 385, 14, 184; 42, 227; 23, 315; G. 54 414; 56, 323; L.Z. 12, 941; J. R. 2 Nr. 2091; L. Z. 20, 236; L. K. Nr. 16; Leopold S. 52

[16]) Binding S. 401 Nr. 5; Freudenthal a. a. O. S. 111; Allfeld S. 486 Nr. 2; Ammon S. 74ff; Cartier S. 23; Draheim S. 31; Engelhard S. 39; Konrad S. 36ff; H. Mayer S. 264; Bernstein in J. W. 54 I 147

[17]) E. 13, 376; Binding S. 401 Nr. 5; Freudenthal S. 111; Ammon S. 74; Draheim S. 37

[18]) So die herrschende Lehrmeinung; R. 5, 542; 5, 168; 10, 715; E. 20, 436; 43, 55; G. 59, 129; 59, 339; Binding S. 402; Freudenthal S. 112; v. Liszt S. 477; Allfeld S. 486; L. K. Nr. 17; Schwartz Nr. 4e
Ammon S. 76ff; Cartier S. 21ff; Draheim S. 43ff; Engelhard S. 37ff

[19]) Kronecker G. 34, 403; derselben Ansicht sind: Merkel, in Holtzendorffs Handbuch 3, 783; Peterson G. 34, 105; Stemann a. a. O. S. 34

mente Eigentum des Handelnden geworden sind, während sie wirtschaftlich zum Vermögen des Auftraggebers gehören. — Während bei der Unterschlagung, die eine Verletzung des Eigentums zur Voraussetzung hat, das Erfordernis der fremden Sache sich rechtfertigen läßt, trifft dies nach Kronecker auf die Untreue, bei der es sich um eine Verletzung des Vermögens handele, nicht zu. Schon aus der Aufführung der Forderung im § 266, an denen begrifflich kein Eigentum denkbar ist, ergibt sich für ihn, daß nicht nur im Eigentum des Auftraggebers stehende Vermögensstücke Objekte der Untreuehandlung sein können. Da das Vermögen ein wirtschaftlicher Begriff für ihn ist, liegt eine Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers bereits dann vor, wenn sie seine wirtschaftliche Lage bezgl. des betreffenden Aktivums ungünstig beeinflussen. — Kronecker tritt somit im Endergebnis wieder für die Schaffung eines strafrechtlichen Eigentums ein, wie es für das Preußische Recht das Preuß. Obertribunal annahm. [20])

Die Kronecker'sche Ansicht verdient insofern eine ablehnende Kritik, als gegen die Ausscheidung des Zivilrechts in § 266 der Umstand spricht, daß der Gesetzgeber Forderungen als Vermögensstücke aufführt, die einen rein zivilrechtlichen Begriff darstellen. Demnach müssen auch für den Begriff „Vermögensstücke" zivilrechtliche Grundsätze ihre Anwendung finden. So vorteilhaft es einerseits auch erscheinen mag, Lücken des geltenden Rechts durch die Schaffung des strafrechtlichen Eigentumsbegriffes zu beheben oder doch wenigstens zu mildern, so tritt dieser Vorteil gegenüber der Erwägung zurück, daß durch die Einführung des strafrechtlichen Eigentumsbegriffes Unklarheiten in eine geregelte Rechtsentwicklung getragen werden. Würde doch die Kronecker'sche Auffassung in ihren Konsequenzen dazu führen, daß jemand, der nach zivilrechtlichen Grundsätzen Eigentümer geworden ist, an seiner eigenen Sache Untreue begehen kann. Zudem hat man auch zu berücksichtigen, daß für den Deliktstatbestand des Diebstahls die Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts, wann eine Sache eine fremde ist, von jeher maßgeblich sind; wollte man Kronecker in seinen Ausführungen folgen, dann müßte auch für dieses Delikt der Begriff „des strafrechtlichen Eigentums" verwandt werden. Das würde aber dazu führen, daß die scheinbaren Vorzüge, die der Ansicht Kroneckers anhaften, dem Nachteile gegenüber zurücktreten, daß der Eigentumsbegriff, der jetzt durch das Zivilrecht scharf umrissen wird, verschwommen wird und der Klarheit entbehrt.

Da der Gesetzgeber in Ziff. 2 des § 266 das Tatbestandserfordernis aufstellt, daß die Vermögensstücke fremde sein müssen, ist es notwendig, jedesmal diese Bedingungen zu prüfen. Einfach ist diese Entscheidung im Falle der offenen Stellvertretung zu treffen. Hier wird der Vertretene durch die Willenserklärunng des Bevollmächtigten unmittelbar berechtigt und verpflichtet. Sollte Eigentum auf den Vollmachtgeber übertragen werden, so geht das Eigentum durch die Einigung„ die ausdrücklich oder den Umständen nach in seinem Namen erfolgt, und die Uebergabe auf den Macht-

[20]) G. Bd. 16, 233

geber über. In diesen Fällen ist somit das Vermögensstück für den Bevollmächtigten stets ein fremdes, sodaß eine Untreuehandlung an diesen Gegenständen begangen werden kann.

Anders liegt es in den Fällen der versteckten Stellvertretung. Nach dem B. G. B. ist nämlich Stellvertreter nur derjenige, der für einen anderen ein Geschäft abschließt; es muß sich aus den Erklärungen oder aus seinem Auftreten ergeben, daß sämtliche Wirkungen für den Vertretenen eintreten sollen. Die Fälle der versteckten Stellvertretung, d. h. alle die Fälle, in welchen die Wirkungen des Geschäfts für den Vertreter ausschließlich eintreten, dieser sodann dieselben auf den Vertretenen überträgt, haben ihre Regelung im B. G. B. nicht erfahren, werden aber trotzdem in Theorie und Praxis anerkannt. Bei der versteckten Stellvertretung tritt der Vertreter stets in eigenem Namen auf, der Vertragskontrahent als Dritter weiß von der Vertreterstellung des mit ihm Kontrahierenden nichts. Will somit der Dritte Eigentum, z. B. bei einem Kaufgeschäfte an den verkauften Gegenständen, auf den Bevollmächtigten übertragen, so wird der Vertreter Eigentümer im Falle des § 929 B. G. B. durch Einigung und Uebergabe, wenn der Vertretene auch seinerseits die Absicht hat, Eigentum zu erwerben.

Der typische Fall der indirekten Stellvertretung ist der des Einkaufskommissionärs, des § 383 H. G. B., der für Rechnung des Kommittenten im eigenen Namen Kaufverträge abschließt. Dem Dritten tritt als Geschäftsgegner nur der Kommissionär in die Erscheinung; er erwirbt die Forderung aus dem Kaufvertrage gegen den Dritten und das Eigentum an den Waren geht bei Einziehung der Forderung auf ihn über. Soll der Kommittent der Berechtigte aus dem Kaufvertrage werden, dann ist eine Abtretung der Forderung oder Eigentumsübertragung von Seiten des Kommissionärs auf den Kommittenten erforderlich. Rechtlich stehen die eingekauften Waren in dem Eigentum des Kommissionärs, wenn auch dieser vom wirtschaftlichen Standpunkte aus für den Kommitenten handeln sollte und die Wirkungen der von ihm abgeschlossenen Geschäfte auf diesen übertragen sollte.

Ist es dagegen dem Dritten, obgleich er nur den mit ihm Kontrahierenden als Vertragsgegner kennt, einerlei, auf wen das Eigentum übergeht, will der Vertreter andererseits für den Geschäftsherrn dieses erwerben, dann erwirbt der Vertretene unmittelbar Eigentum.

Auch in dem Falle des § 164 Abs. 2 erlangt der Bevollmächtigte Eigentum, trotzdem dieser für seinen Vollmachtgeber es erwerben wollte, dieser Wille aber nicht nach außen kundgetan wurde. Auf Grund der klaren und eindeutigen Gesetzesvorschrift des § 164 Abs. 2 B. G. B. soll in diesem Falle der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht kommen.

In den Fällen der verdeckten Stellvertretung und des § 164 Abs. 2 B. G. B. entfällt die Möglichkeit, wegen Untreue zu strafen, da der § 266 begrifflich eine Verfügung über fremde Vermögensstücke fordert. In den genannten Fällen hat der Täter aber Eigen-

tum an den Gegenständen rechtswirksam erlangt, mag auch die obligatorische Verpflichtung bestehen, das Eigentum auf den Vertretenen zu übertragen.

Aehnlich gelagert sind die Fälle der fiduziarischen Geschäfte.[21]) Unter fiduziarischen Geschäften hat man solche zu verstehen, bei welchen der eine Vertragskontrahent, der Fiduziant, dem anderen Partner, dem Fiduziar, unter beiderseitigem Einverständnisse eine größere Machtstellung nach außen einräumt, als er sie tatsächlich im Innenverhältnisse haben sollte. Die eingeräumte Machtstellung zu mißbrauchen, sollen obligatorische Verpflichtungen zwischen beiden Kontrahenten verhindern, die über den Umfang der Stellung des Fiduziars Aufschluß geben. „Die gewollte Rechtswirkung geht also über den beabsichtigten wirtschaftlichen Zweck hinaus."[22])

Die fiduziarischen Geschäfte sind von dem B. G. B. nicht geregelt, doch sind sie wegen ihrer Wichtigkeit für den Verkehr allgemein anerkannt. Sie kommen als Zession von Forderungen, die wieder Inkasso- oder Sekuritätzession sein kann, vor. Da nach dem B.G.B. eine Verpfändung von Sachen nur auf dem Wege von § 1204ff möglicht ist, also nur so, daß der Verpfändende den Besitz an der Sache aufgibt, bedient man sich im Geschäftsverkehr der fiduziarischen Geschäfte, vornehmlich zur Sicherung der aufgenommenen Kredite, indem man das Warenlager übereignet. Der Geschäftsführer nämlich bedarf zur Weiterführung seines Geschäftes der Waren, kann sich also nicht ihrer entäußern, dies müßte er tun, wollte er sie nach §§ 1204ff. B. G. B. verpfänden. Er überträgt also dem Kreditgeber das Eigentum an den Waren, indem beide Teile gleichzeitig vertraglich ausmachen, daß einerseits der Geschäftsherr als Fiduziant die Waren, wie es ein ordentlicher Geschäftsbetrieb erfordert, veräußern kann, die veräußerten Waren aber durch Neuanschaffung ergänzen und durch antizipiertes Besitzkonstitut auf den Kreditgeber, den Fiduziar, als Eigentum übertragen soll, der Treuhänder andererseits zu einer Veräußerung nicht ermächtigt ist. Tatsächlich erreicht auf diese Weise der Kreditgeber, daß seine Forderungen genügend gesichert sind, was vornehmlich für den Fall des Konkurses von Wichtigkeit ist. Die Rechtslage ist demnach so, daß die anvertrauten Sachen formell juristisch aus dem Eigentum des Fiduzianten ausgeschieden und dem Fiduziar zu Eigentum übertragen werden. Von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus betrachtet, will der Fiduziant keineswegs sich gänzlich des Eigentums entäußern. Zu diesem Zwecke bestehen ja neben dem dinglichen Uebereignungsakte die obligatorischen Beziehungen, die verhindern sollen, daß der Fiduziar die tatsächlich eingeräumte Machtstellung mißbraucht. Eine Verletzung dieser obligatorischen Verpflichtung hat nur eine Schadensersatzklage zur Folge; und doch wäre es sicherlich wünschenswert, den Fiduziar, der entgegen dem Willen des Treugebers seine Machtstellung ausnutzt, der seine Stellung vielleicht nur deswegen erlangt hat, weil der

---

[21]) Vgl. bzgl. der fiduziarischen Geschäfte die Ausführungen Leopolds S. 45ff und Hirschfelds S. 86ff

[22]) Hirschfeld S. 87

Fiduziant sich in wirtschaftlicher Not befand, kriminell zu bestrafen. Auf Grund des geltenden Rechts ist dies aber nicht möglich, da die hier in Betracht kommenden Delikte, Veruntreuung und vornehmlich Untreue, für den Tatbestand verlangen, daß die Sachen fremde sein müssen, im Falle der fiduziarischen Geschäfte aber die Sachen sich im Eigentum des Täters befinden. Das Gesetz weist Lücken auf, die baldigst beseitigt werden müssen.

Der Grundsatz, daß die Bestimmung, ob ein Vermögensstück dem Machtgeber gehört, sich nach zivilrechtlichen Regeln über den Eigentumserwerb richtet, hat in der ständigen Rechtsprechung des R. G. und in der bei weitem vorherrschenden Lehrmeinung eine Ausdehnung dahin erfahren, daß für den Begriff „Vermögensstücke des Vollmachtgebers" nur verlangt wird, daß diese Gegenstände nach den Bestimmungen des maßgebenden bürgerlichen Rechts der ausschließlichen Obhut des Machtgebers unterworfen sind, in der Art, daß er über sie ein Verfügungsrecht hat und deshalb für sie verantwortlich ist. [23]) In den Personenkreis, dem eine Obhutspflicht über Vermögensstücke mit der Möglichkeit, über diese rechtswirksam zu verfügen, eigen ist, sind u. a. die in § 266 Ziff. 1 genannten Personen, wie die Vormünder, Kuratoren, Masseverwalter, zu rechnen. Ihre Machtstellung setzt sie in den Stand, Bevollmächtigte im Sinne der Ziff. 2 zu bestellen. Sie nehmen diesen gegenüber die Stellung von Vollmachtgebern ein. Die Vermögensstücke, die der Verfügungsmacht der Person der Ziff. 1 unterworfen sind, stellen sich den Bevollmächtigten gegenüber als solche ihrer Vollmachtgeber dar.

Die Tatbestandshandlung der Ziff. 2 ist insofern der Ziff. 1 gegenüber enger, als der Bevollmächtigte über Forderungen und andere Vermögensstucke des Machtgebers zum Nachteile verfügt haben muß. Das R. G., das sich des öfteren mit dem Begriffe „des Verfügens" des § 266 Ziff. 2 zu befassen hatte, legt seine Meinung dahin fest, daß unter Verfügen eine Maßregel zu verstehen ist, die in irgend einer Weise eine Veränderung in dem Verhältnisse des Auftraggebers zu dem betreffenden Vermögensstücke herbeiführt; auf diesen Erfolg, nicht auf die Art des Handelns kommt es an. [24])

Zur Herbeiführung einer solchen Aenderung wird man in der Regel ein positives Handeln zu fordern haben, jedoch muß auch in diesem Falle nach den allgemeinen Grundsätzen eine Unterlassung für ausreichend erachtet werden. Diese letztere Auslegung bestreiten Hälschner, [25]) Merkel, [26]) Schütze, [27]) die unter Verfügen immer ein positives Handeln verstehen. Diese Ansicht dürfte falsch sein, [28]) wird doch durch sie für die Ziff. 2 eine Einschränkung ge-

---

[23]) E. 26, 106; 39, 414; G. 48, 131; 54, 72; L. Z. 14, 900; Recht 19 Nr. 1457; L.Z. 12, 448; Binding S. 102; Draheim S. 34; Freudenthal S. 112; Aschauer S. 35; L. K. Nr. 18; Olshausen Nr. 8 zu § 266; a. M. Cartier S. 113; Frank Nr. III; Schwartz Nr. 4e

[24]) E. 11, 412; Draheim S. 49; H. Mayer S. 276

[25]) a. a. O. 2, 394

[26]) In Holtzendorff Handbuch 3 S. 783

[27]) a. a. O. S. 478 Nr. 9

[28]) Freudenthal S. 110; Gerland S. 518; Allfeld S. 487; Cartier S. 26/27

macht, die sich nicht rechtfertigen läßt; zum mindesten müßte sich für eine solche einschränkende Auslegung ein Anhalt in den Motiven finden. Die oben erwähnten Schriftsteller stützen ihre Ansicht nur auf den Wortlaut des Gesetzes. Die Haltlosigkeit ihrer Beweisführung ergibt sich daraus, daß man zuweilen im gemeinen Sprachgebrauche in einer Unterlassung eine Verfügung erblickt, z. B. bei unterlassener Geltendmachung einer Forderung des Machtgebers mit der beabsichtigten Wirkung des Eintritts der Verjährung der Forderung.[29]) Ein einfaches Nichthandeln ist aber nicht als ein Verfügen zu charakterisieren. In diesem Sinne entschied sich das R. G., als ein Gerichtsvollzieher Geldbeträge, die er bei der Vollstreckung für die ihn beauftragenden Gläubiger eingenommen hatte, absichtlich erst nach Ablauf einer geraumen Zeit an dieselben ablieferte. Eine Bestrafung wegen Untreue scheidet aus dem Grunde aus, weil durch die Verzögerung der Ablieferung das Eigentumsrecht des Machtgebers an den Vermögensstücken in keiner Weise geschmälert wird.[30])

In diesem Zusammenhange ist noch auf eine Streitfrage einzugehen, ob unter „dem Verfügen über Vermögen" auf Grund der Fassung des Gesetzes nur ein Verfügen über vorhandene Vermögensaktiva zu verstehen ist, oder ob auch eine Belastung des Vermögens durch Anerkennung nicht bestehender Schulden damit gemeint sein kann. Im bejahenden Sinne hat sich Binding,[31]) dem sich auch König[32]) angeschlossen hat, entschieden. Er bemerkt hierzu: „Jedenfalls deutet der Wortlaut auf den Verlust von Aktiven hin. Man wird ihn aber ausdehnend auslegen müssen; es liegt gewiß nicht in der Absicht des Gesetzes, die reine Belastung des Vermögens durch Anerkennung nicht bestehender Schulden von der Untreue auszuschließen, um so weniger als diese Belastung über Aktiva schon antecipando verfügt."

Diese Auffassung kann aus zwei Gründen de lega lata nicht gebilligt werden.[33]) Einmal stellt der § 266 Ziff. 2 als Tatbestandserfordernis auf, daß über Forderungen oder andere Vermögensstücke d. h. über konkretisierte, näher bestimmbare Vermögensteile des Vollmachtgebers verfügt wird. Bei einer Anerkennung nicht bestehender Schulden von seiten des Bevollmächtigten wird über den Vermögensinbegriff, nicht aber über vorhandene Vermögensteile verfügt. Für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung spricht aber auch die Entstehungsgeschichte; wie oben schon dargelegt wurde, war die Ziff. 2 in Anlehnung an den Artikel 287 Abs. 2 des Sächsischen Str. G. B. in den heutigen § 266 eingefügt worden, um auf diese Weise eine Ergänzungsbestimung für alle die Fälle zu schaffen, in denen eine Bestrafung wegen Unterschlagung nicht möglich war, entweder weil es sich um eine Forderung oder um eine Sache, die sich nicht im Besitz oder Gewahr-

---

[29]) E. 11, 412; G. 59, 458
[30]) E. 11, 412
[31]) a. a. O. S. 401
[32]) S. 46
[33]) vgl. auch Oetker S. 290

sam des Täters befand, handelte. Es findet sich aber kein Anhaltspunkt, daß auch benachteiligende Verfügungen getroffen werden sollen, die nicht derartige Einzelbestandteile des Vermögens des Vollmachtgebers zum Gegenstande haben.

c. Objektiver Tatbestand der Zif. 3 des § 266.

Die Ziff. 3 des § 266 verlangt, daß die Benachteiligung „bei den Geschäften" nicht durch die den tauglichen Personen übertragenen Geschäfte erfolgt. Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß die Benachteiligung nicht durch die Art und Weise der Ausführung erfolgt sein muß; zu einer Bestrafung nach Ziff. 3 genügt vielmehr, daß die betreffenden Gewerbetreibenden in irgend einer Weise bei der Ausführung ihrer Geschäfte ihre Amtspflicht verletzen.

Die Vorschrift der Ziff. 3 bezweckt nur den Schutz des Auftraggebers, nicht etwa den des Publikums oder sonstiger dritter Personen, wie wohl auch eine Schädigung dieser durch die Gewerbetreibenden der Ziff. 3 sehr wohl denkbar ist. Sollen dritte Personen geschützt werden, dann müssen die sonstigen Bestimmungen des Str. G. B., etwa die des Diebstahls, Betruges usw., Platz greifen. — Der Begriff „Benachteiligen" ist nach richtiger Ansicht dem „zum Nachteilhandeln" gleich zu setzen.

§ 8. Der subjektive Tatbestand des § 266 Str. G. B.

Der subjektive Tatbestand des § 266 verlangt für alle 3 Ziffern ein absichtliches Handeln zum Nachteil. Bezl. der Auslegung des Begriffes „absichtlich" wird darüber gestritten, ob „absichtlich" gleichbedeutend mit „vorsätzlich" ist, oder ob der Gesetzgeber Absichtlichkeit in dem Sinne vorschreibe, daß die Herbeiführung des Nachteils für den Täter die treibende Kraft seines Handelns gewesen sein muß.

Merkel [1]) erachtet es für unzulässig dort, „wo sich dies nicht spezieller begründen läßt, das Wort „absichtlich" dem allgemeinen Sprachgebrauche entgegen als gleichbedeutend mit dem Worte „vorsätzlich" zu behandeln und die für jene charakteristische Beziehung auf den Zweck der Handlung zu ignorieren." — Diese Auffassung gründet sich vornehmlich auf den Wortlaut des Gesetzes, sodann aber auch auf die Erwägung, daß in § 246 des Preuß. Str. G. B., in dem man das Vorbild für den heutigen § 266 R. Str. G. zu erblicken hat, der Ausdruck „vorsätzlich" gebraucht wurde, während erst für den § 266 R. Str. G. der Ausdruck „absichtlich" geprägt wurde.

Verfasser hält die angeführten Gründe Merkels nicht für stichhaltig, schließt sich vielmehr der herrschenden Lehre [2]) an, nach

[1]) Merkel a. a. O. In H. H. IV S. 440; derselben Ansicht Oppenhoff, S. 655; Rubo S. 879; Schütze S. 478;

[2]) E. 1, 172; 1, 329; 7, 282—83; 14, 406; 49, 366; 53, 194; R. 1, 273; 6, 785; G. 36, 400; Recht 30 Nr. 1844, Binding S. 402, Finger 1 S. 266; Freudenthal S. 117, Gerland S. 518, Hälschner 2, S. 393; v. Liszt S. 477; Allfeld S. 487, Wachenfeld S. 429, Koppelmann S. 4; Herrmann S. 36ff; Roder S. 27—28

der die Absichtlichkeit des Handelns und Verfügens nicht über den Begriff des Vorsatzes hinausreicht.

Dem Argumente, daß die Auslegung von „absichtlich" im Sinne von „vorsätzlich" dem allgemeinen Sprachgebrauche widerspreche, kann man entgegenhalten, daß derjenige, der einen Erfolg voraussieht und trotzdem in seinem Handeln fortfährt, sicherlich die Absicht hat, den Erfolg herbeizuführen, wenn auch dieser Erfolg nicht den Endzweck seines Handelns bildet. Es macht daher keinen Unterschied, für diese Tätigkeit das Wort „absichtlich" in dem Sinn von „vorsätzlich" zu gebrauchen. [3])

Auch wird „absichtlich" im Str. G. B., nicht nur in dem von Merkel erwähnten Sinne verwandt, sondern es werden die Begriffe „absichtlich" und „vorsätzlich" zuweilen gleichgestellt. Als Beispiel hierfür ist der § 46 St. G. B., sogenannte „tätige Reue" beim unbeendeten Versuch, anzuführen, in dem auch von einem beabsichtigten Handeln die Rede ist und gleichwohl kann sich „absichtlich" nicht auf den Endzweck der Handlung beziehen.

Auch aus dem Vergleiche des § 266 R. Str. G. B. mit dem § 246 Preuß. St. G. B. darf man keine Schlüsse für die gegenteilige Ansicht ziehen, im Gegenteil, es läßt sich aus ihm der Einwand herleiten, daß bei einer gewollten Aenderung die Motive selbst hierüber Aufschluß geben würden, was aber nicht der Fall ist.

Schließlich spricht für die hier vertretene Ansicht noch folgende Erwägung, die man unmitelbar aus dem § 266 selbst entnehmen kann. Nach § 266 Abs. 2 wirkt es straferschwerend, wenn der Täter um seines oder eines anderen Vorteils willen gehandelt hat. Wollte man fordern, daß beide Begriffe „Benachteiligung und Bereicherung" zur Erfüllung des Tatbestandes des § 266 in gleicherweise notwendig seien, so kann es leicht vorkommen, daß der Strafrichter zu einem Freispruche dann kommen muß, wenn der Täter zwar die Absicht hat, eigenen Vorteil zu erlangen, aber die Benachteiligungsabsicht ihm fehlt, obwohl er sich darüber klar ist, daß sein Handeln seinem Herrn einen genau von ihm erkannten Schaden bringen wird.

Für den subjektiven Tatbestand wird demnach zu fordern sein, daß der Täter sich bewußt ist, daß sein Handeln Schaden bringt; man wird sich im Verein mit der herrschenden Lehre dahin verstehen müssen, daß zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes das Bewußtsein genügt, daß ein Schaden entstehen kann, also dolus eventualis. [4])

Der Täter muß sich aber auch bewußt sein, daß seine Handlung außerhalb einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung liegt. Obgleich dieses Erfordernis vom Gesetz nicht ausdrücklich aufgestellt ist, so wird dies für die Untreue selbst von denen nicht bezweifelt, die sonst das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatze rechnen. [5])

[3]) So Engelhardt S. 45
[4]) a. M. Frank zu § 266 V
[5]) So Frank zu § 266 V. Olshausen Nr. 13

Der Täter handelt nicht vorsätzlich, wenn er die Benachteiligung oder die Rechtswidrigkeit nicht kennt. Doch wird das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres deswegen ausgeschlossen, wenn der Täter beabsichtigt, bald Ersatz zu leisten, und ihm hierzu tatsächlich die Mittel zur Verfügung stehen. Eine Ausnahme wird jedoch in dem Falle zu machen sein, wenn der Täter irrigerweise annimmt, der Machtgeber werde bei Kenntnis der Ersatzabsicht und -fähigkeit hierzu einverstanden sein, daß der Täter die benachteiligende Verfügung ausführt. In diesem Falle würde der dolus fehlen, nämlich der Benachteiligungsvorsatz, da der Täter irrigerweise annahm, er handele im Einverständnis mit dem Machtgeber; eine Bestrafung wegen Untreue wäre demnach nicht angängig. [6])

Nur wegen vorsätzlichen Handelns erfolgt eine Bestrafung nach § 266, nicht aber wegen Fahrlässigkeit, da der Gesetzgeber es verhüten wollte, daß die Geschäftsführung namentlich der Personen der Ziff. 1, die ihr Amt ohne Entgelt ausüben, allzu sehr erschwert würde, andererseits er die zivilrechtlichen Bestimmungen über den Schadenersatz, wo schon ein fahrlässiges Handeln genügt, als ausreichend erachtete.

§ 9. Vollendung und Versuch.

Das Delikt des § 266 Stı. G. B. ist vollendet, wenn die Vermögensbenachteiligung eingetreten ist. Für die Ziff. 2 und 3 wird dies auch schon auf Grund des Wortlautes nicht bestritten. Für die Ziff. 1 will Ammon [1]) annehmen, daß zur Vollendung der Eintritt des schädigenden Erfolges nicht notwendig unter die Tatbestandsmerkmale aufzunehmen ist. Hiergegen wendet sich das R. G. mit der Begründung, „daß alle drei Nummern den Tatbestand der Untreue betreffen, nur unter anderen tatsächlichen Voraussetzungen. Die Nummern 2 und 3 erforderten nun unzweifelhaft die wirkliche Zufügung eines Vermögensnachteils. Es sei nun nicht anzunehmen, daß das Gesetz unter Nr. 1 von einem anderen Gesichtspunkte ausgehen wolle, als in Nr. 2 und 3, indem es im ersteren Falle den Erfolg nicht als Tatbestandsmerkmal ansehe, in den letzteren Fällen ihn aber hinzuzähle.“ [2]) [3])

So lange demnach ein Nachteil nicht eingetreten ist, kann höchstens ein Versuch vorliegen; dieser ist aber straflos (vergl. § 266 Abs. 2 in Verbdg. mit § 43 Abs. 2 und § 1 Abs. 2 Str. G. B.)

[6]) So E. 21, 366—67; J. W. 45, 1200; Recht 30, N. 2585
[1]) S. 48.
[2]) E. 16, 77
[3]) Nach Binding S. 402 (Anm. 4) ist das „zum Nachteilhandeln“ der Ziff. 1 nicht als Handeln zum Zwecke der Benachteiligung, sondern als benachteiligendes Handeln zu deuten

§ 10. Das Verhältnis des § 266. R. Str. G. B. zu anderen Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Konkurrenzfragen.

Während das R. G. sowie die herrschende Lehrmeinung bezl. des Verhältnisses der Untreue zu anderen Delikten auf dem Standpunkte stehen, daß Idealkonkurrenz zu Diebstahl und Unterschlagung möglich ist, muß Verfasser auf Grund seiner Auffassung von dem Wesen der Untreue als Mißbrauch rechtlicher Vertretungsmacht eine Konkurrenz mit anderen Delikten ausschließen.

Auch Binding [1]) verneint die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Veruntreuung, teilweise aber mit einer Begründung, der Verfasser nicht beipflichten kann. Maßgeblich sind für Binding drei Erwägungen. Einmal stützt er seine Meinung darauf, daß der § 246 Abs. 3 des Preuß. Str. G. B. folgende Bestimmung enthielt: „Ist durch die Handlung eine härtere Strafe begründet, so tritt nach den Grundsätzen des § 55 diese härtere Strafe ein," während dieser Zusatz nicht mehr im jetzigen Strafgesetzbuch aufgeführt ist. Binding leitet hieraus die Folgerung her, daß der Gesetzgeber Idealkonkurrenz habe ausschließen wollen, sodaß kein Recht mehr bestehe,das Preuß.Gesetz dem Deutschen Gesetz zu unterschieben. Dieser Ansicht kann man mit dem Einwande begegnen, daß eine besondere Hervorhebung dieses Satzes auf Grund der Fassung des § 73 Str. G. B. nicht nötig war. — Auch der zweite von Binding angeführte Grund ist nicht beweiskräftig, den er folgendermaßen formuliert: „Endlich sei noch auf eine Erscheinung hingewiesen, die klareres Licht auf das Verhältnis verschiedener Verbrechensarten zu einander fallen läßt. Die einfachsten Verbrechenstypen treten dem Gesetzgeber am frühesten klar vors Auge. Zur Aufstellung der verwickelteren Begriffe schreitet er dann erst, wenn sich die Unzulänglichkeit der einfacheren ergeben hat. Seine Absicht ist dann regelmäßig, das Gebiet des komplizierten Verbrechens da beginnen zu lassen, wo das einfachere aufhört. Bis zum Beweise des Gegenteils ist anzunehmen, daß der neue Begriff sich grenznachbarlich an den alten anschließen, nicht aber in dessen Gebiet teilweise übergreifen will. Der Betrug beginnt, wo Diebstahl bezw. Unterschlagung nicht vorliegen. Das durch Täuschung begangene Eigentumsverbrechen ist kein Betrug. Das Vergehen der Untreue ist nur da anzunehmen, wo Veruntreuung nicht vorliegt." [2])

Wenn auch grundsätzlich die Ausführungen Binding's ihre Richtigkeit haben mögen, so ist doch zu erwidern, daß diese Gedankengänge gegenüber der klaren und zwingenden Regelung des § 73 Str. G. B., der das Verhältnis der einzelnen Delikte zu einander bestimmt, zurücktreten müssen. — Der letzte Grund, den Binding anführt und der sich aus seiner Auffassung über das Wesen der Untreue, wie sie auch Verfasser vertritt, herleiten läßt, verdient

[1]) Binding S. 397
[2]) Binding, Grunndriß II. S. 219

Beachtung. Seine Gedanken bringt er in folgender Fassung zum Ausdruck: „Ihre (der Bevollmächtigten) Vollmacht geht aber nie auf Aneignung oder Beschädigung der fremden Sachen". Daher könne die Untreue die Form eines andern Vermögensverbrechens garnicht annehmen, ganz besonders nicht die der Unterschlagung.

In dem als Mißbrauch rechtlicher Verfügungsmacht zu charakterisierenden Wesen der Untreue und dem wechselseitigen Verhältnis zwischen der Vertretungsmacht und Handlung liegt der Grund für den Ausschluß der Idealkonkurrenz. Man hat sich immer zu fragen, ob der Täter als Vertreter handelt oder nicht. Im letzteren Falle hat der Deliktstatbestand der Untreue völlig auszuscheiden, denn seine Vertretungsmacht würde nie auf eine Verübung eines Verbrechens gehen; Platz greifen müssen die sonstigen Bestimmungen des R. St. G. Handelt der Täter innerhalb seiner Vertretungsmacht, dann ist der Tatbestand der Untreue denkbar, in diesem Falle kann die Handlung jedoch nicht auf einen anderen Deliktstatbestand übergreifen. Sodann suchte Verfasser in seinen früheren Ausführungen darzulegen, daß die Vertretungsmacht bezw. die Vollmacht nur zu rechtsgeschäftlichen Handlungen ermächtigt, bei den Delikten des Diebstahls und der Unterschlagung würde es sich aber um rein tatsächliche Handlungen handeln. Denn selbst in dem Falle der Veruntreuung, wo es denkbar ist, daß die Zueignung auch in einer rechtlichen Verfügung besteht, kann eine Bestrafung nach § 246 Str. G. B. nicht erfolgen, da es an der Voraussetzung der Rechtswidrigkeit mangelt, weil sich die Aneignungshandlung auf eine dem Täter gewährte rechtliche Befugnis stützt. Auch Hegler, [3]) der ein Zusammentreffen der Untreue mit einem anderen Vermögensdelikt, insbesondere der Veruntreuung, bestreitet, weist auf diesen Grund hin, indem er sagt: „der Täter handelt nicht rechtswidrig, da ja — wenigstens zunächst und äußerlich — der Zueignungsakt durch seine Vertreterstellung gedeckt wäre."

Die hier vertretene Auffassung engt gegenüber der herrschenden Lehrmeinung das Gebiet der Untreuefälle ein, hat aber andererseits den Vorteil für sich, daß die Untreue eine selbständige Stellung im Str. G. B. erringt, da sie nur in ihrer eigenen Form und nicht, wie es das R. G. annimmt, als Unterschlagung, Sachbeschädigung usw. begangen werden kann.

Das R. G. kommt, wie schon früher angedeutet wurde, zu dem entgegengesetzten Ergebnis. „ Enthält der Treubruch den Tatbestand anderer Vergehen wie des Diebstahls, der Unterschlagung, des Betrugs, so sind die Grundsätze von der idealen Konkurrenz maßgebend." [4]) So hält das R. G. in ständiger Rechtsprechung insbesondere ein Zusammentreffen von Untreue mit Unterschlagung, [5]) mit Diebstahl, [6]) sofern das Objekt der Untreue nur eine bewegliche Sache ist, [7]) für möglich. Es kommt zu diesem Ergeb-

[3]) Hegler Bd. 10 S. 154
[4]) E. 3, 284
[5]) E. 3, 284; 10, 387; 32, 30; 32, 262; 39, 335; 42, 420
[6]) G. 51, 360
[7]) In dem Falle, in dem die Untreue durch ein Verfügen über Forderungen begangen wird, schließt auch das R. G. ein Zusammentreffen zwischen Untreue und Unterschlagung aus

nis auf Grund seiner Auffassung von dem Wesen der Untreue als Bruch eines besonderen Treueverhältnisses. Da das R. G. nicht verlangt, daß die Handlung gerade auf Grund der Vertretungsmacht vorgenommen werden muß, sondern sich schon damit begnügt, daß die Handlung nicht außerhalb jeden Zusammenhangs mit der Vertretungsmacht des Täters steht, ist seine Annahme von einer Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung und dergl. folgerichtig durchgeführt.

Ebenfalls hält Freudenthal Idealkonkurrenz mit anderen Delikten für möglich. Denn auf Grund seiner Auffassung von dem Wesen der Untreue ist sehr wohl der Fall denkbar, daß der Angestellte, der eine ihm übergebene Sache veruntreut, sich einer Verletzung der Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge zu Schulden kommen läßt, somit Untreue begeht. „Wenn das Wesen der Untreue in Vermögensbenachteiligung unter Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht liegt, dann wird sich die Möglichkeit nicht leugnen lassen, daß die Untreue mit anderen Vermögensdelikten ideal konkurriert.[8])

Gegenüber der Ansicht der Gegner verdient die vom Verfasser vertretene Meinung, wie schon häufig betont, insofern den Vorzug, als sie den Untreuetatbestand zu einem vollständigen selbständigen Delikte erhebt, das gegenüber anderen Delikten seine Unabhängigkeit wahrt.

§ 11. Der qualifizierte Fall des Abs. 2 des § 266 des Str. G. B.

Ein im Sinne der §§ 263, 265, 267 Str. Pr. O. straferhöhender Umstand liegt dann vor, wenn die Untreue begangen wird, „um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen." Während bei dem Betrug und der Erpressung die Absicht immer auf einen rechtswidrigen Vermögensvorteil gerichtet sein muß, hat man dieses Erfordernis bei der Untreue nicht aufzustellen. [1]) Trotzdem verlangen [2]) einige Schriftsteller, daß der Vermögensvorteil ein rechtswidriger Vermögensvorteil sein muß; jedoch hat nur Simonson [3]) seine Ansicht genauer begründet. Aus der Analogie zwischen Betrug und Unterschlagung im Sinne von § 246 Abs. 2 einerseits und der erschwerten Untreue andererseits glaubt er seine Begründung entnehmen zu können, daß der erstrebte Vermögensvorteil des § 266 Abs. 2 ebenfalls rechtswidrig sein muß. Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, daß es ziemlich gewagt ist, auf eine Analogie zwischen zwei Delikten, mögen sie auch sonst starke Aehnlichkeiten aufweisen, entnehmen zu können, daß auch Uebereinstimmung in diesem Streitpunkt bestehen muß. Wollte der

---

[8]) So Freudenthal S. 123; ebenso Schütze S. 479, Olshausen Anm. 16 zu § 266; Schwartz Nr. 7 zu 266

[1]) Freudenthal S. 118, Gerland S. 519; v. Liszt S. 477; H. Mayer S. 305; Krause S. 18; Herrmann S. 37; Aschauer S. 42

[2]) Binding S. 403; Schütze S. 487

[3]) a. a. O. S. 66

Gesetzgeber das Erfordernis des rechtswidrigen Vermögensvorteiles aufstellen, so würde er dies nach Ansicht vom Verfasser im Gesetze selbst zum Ausdrucke gebracht haben.

Auch das Bedenken Simonsons, daß es nicht ersichtlich sei, wie die Erlangung eines berechtigten Vermögensvorteils ein Qualifikationsmoment bilden solle, ist grundlos. Denn eine Tat, die aus Gewinnsucht bezw. Eigennutz unternommen wird, erscheint strafwürdiger, als eine solche, die nur aus Leichtsinn gemacht wird. Das schlechte Motiv, die Gewinnsucht, wollte § 266 Abs. 2 unter Strafe stellen. Die Widerlegungen der Simonson'schen Ansicht ergeben, daß der Vorteil, wie es ja auch die herrschende Lehre annimmt, nicht rechtswidrig zu sein braucht.

§ 12. Strafe. Zuständigkeit. Verjährung.

Die Strafe der Untreue in Abs. 1 ist Gefängnis, neben welcher auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann. An Stelle einer verwirkten Freiheitsstrafe kann auf Geldstrafe erkannt werden, sofern nur der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann; § 27b Str. G. B. Die Strafdrohung des qualifizierten Falles des § 266 Abs. 2 beschränkt sich auf Gefängnis und Geldstrafe.

Die Strafbarkeit des Vergehens der Untreue verjährt, da die Untreue ein Vergehen ist, das mit einer längeren als dreimonatlichen Gefängnisstrafe bedroht ist, in 5 Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges.

Für die Aburteilung des Deliktes ist grundsätzlich das Schöffengericht zuständig,[1]) das in einer Besetzung von einem Amtsrichter als Vorsitzenden und 2 Schöffen entscheidet (§ 28 in Verbdg. mit den §§ 24, 25, 26 G. V. G., ebenfalls § 29 G. V. G.).

§ 13. Erweiterung des Tatbestandes.

Die Lückenhaftigkeit des Gesetzestextes, besonders die kasuistische Aufzählung der Subjekte der Untreue, machte es notwendig, daß die Gesetzgebung in einer Reihe von Einzelgesetzen die Untreue weit über den Rahmen des § 266 Str. G. B. ausdehnte, so im H. G. B. §§ 312, 325 Ziff. 9; Hypothekenbankgesetz (13. 7. 1899). § 36; Börsengesetz § 95; Gesetz betreffend Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 20. 5. 1898 § 146; §§ 110, 113 des Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. 5. 1902; ferner die §§ 23 und 535 der Reichsversicherungsordnung vom 19. 7. 1911 in der Fassung vom 15. 12. 1924. In § 23 Reichsversicherungsordnung sind jetzt die sämtlichen Untreuebestimmungen, die in früheren Spezialgesetzen verstreut waren, enthalten- § 93 des Invalidenversicherungsgesetzes vom 19. 7. 1899, § 47 Unfallversicherungsgesetz für Land- und Forstwirtschaft; § 14 Bau-

[1]) Ausnahme § 25, Zif. 2c G. V. G.

Unfallversicherungsgesetz; § 45 See-Unfallversicherungsgesetz, sämtlich vom 5. 7. 1900; § 42 Abs. 3 des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 25. 5. 1903. Endlich sind noch die Strafbestimmungen des Bank-Depot-Gesetzes vom 5. 7. 1896 §§ 9 und 12 zu nennen. Alle diese Gesetze haben gegenüber § 266 die Bedeutung von leges speziales. [1]).

---

[1]) E. 37, 25; 47, 38

C. Die Untreue de lege ferenda.

§ 14. Die Untreue im Vorentwurf (V. E.).

Die zahlreichen Mängel, die bei der praktischen Anwendung des § 266 überall zutage traten, gaben den Anlaß, bei Schaffung eines neuen Gesetzbuches den Tatbestand der Untreue einer gründlichen Revision zu unterziehen. Der darauf zielende Gesetzesvorschlag, sogenannte Vorentwurf (V. E.), der auf Veranlassung des damals an der Spitze der Reichsjustiz-Verwaltung stehenden Staatssekretärs Nieberding von einer besonderen Sachverständigenkommission bearbeitet wurde, schlug für die Fassung des Untreuetatbestandes folgenden Wortlaut vor:

> § 277: Wer absichtlich das Vermögen eines andern dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht, wird mit Gefängnis oder Haft oder mit Geldstrafe bis zu 10 000 Mk. bestraft."

Der § 277 V. E. erhält somit erhebliche Veränderungen und Vereinfachungen des geltenden Rechts und schließt sich beinahe der Fassung an, die Binding für die Untreue vorgeschlagen hat. — Die generelle Fassung des § 277 verdient gegenüber der kausuistischen Aufzählung der Untreuesubjekte des § 266 Str. G. B. insofern den Vorzug, als auf diese Weise die Strafbarkeit für mancherlei Personen, insbesondere amtliche oder gesetzliche Vermögensverwalter, die nach geltendem Recht straffrei ausgehen, oder deren Bestrafung doch sehr bestritten ist, begründet ist. Strafbar können sich daher machen Gegenvormünder, der der Mutter bestellte Beistand, der Vollstrecker eines Erbvertrages, die Mitglieder eines Familienrates, der Ehemann als gesetzlicher Verwalter des eingebrachten Guts der Frau und der elterliche Gewalthaber.

Zudem behebt § 277 einen anderen Mangel; wird doch die generelle Fassung des Entwurfes es ermöglichen, daß künftig die zahlreichen Bestimmungen in den Nebengesetzen (vergl. oben § 13) in Wegfall kommen.

Nicht mehr auf Grund der Untreuebestimmung sind die Personen der Ziff. 3 des § 266 strafwürdig, die, von der Obrigkeit zur Betreibung des Gewerbes verpflichtet, mit der Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten kraft ihrer gewerblichen Tätigkeit betraut sein können, die aber in der Regel, außer den Versteigerern, lediglich festzustellen oder zu beglaubigen haben. [1])

---

[1]) Begründung S. 766

Schließlich hat durch die Neufassung die Tatbestandshandlung, bei deren Auslegung in dem jetzigen Str. G. B. sich mancherlei Streitigkeiten ergaben, eine einheitliche Regelung erfahren.

Das Objekt der Untreue des § 277 ist ebenso wie im geltenden Recht das Vermögen.[2]) Die Handlung des Täters muß demnach immer einen Vermögensschaden nach sich ziehen. Die Neufassung erledigt somit die Streitfrage, ob das Objekt der Untreue nur das Vermögen ist, oder ob auch persönliche Interessen den Angriffsgegenstand der Untreue bilden.

Sodann hat der V. E. zum ersten Male den Versuch unternommen, unter Hervorhebung der einzelnen charakteristischen Merkmale der Untreuehandlung dieselbe einheitlich zu normieren. Der Vorentwurf verlangt einen Mißbrauch der dem Täter durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen. — Während man auf Grund des Wortlauts des V. E. der Ansicht sein muß, daß die Binding'sche Auffassung vom Wesen der Untreue Gesetz werden sollte, vertreten die Verfasser des V. E. im Gegensatz zu ihrem Tatbestandvorschlage in der Begründung die Freudenthal'sche Auffassung, indem sie[4]) ausführen: „Die Untreue hat ihr besonderes Merkmal darin, daß der Täter einer ihm gerade gegenüber dem Verletzten obliegenden Verpflichtung zur Vermögensfürsorge zuwider handelt. Der Täter ist hier tatsächlich und rechtlich in der Lage, über fremdes Vermögen verfügen zu können." Dieser Vorschlag verdient keine Billigung, da einmal die Streitigkeiten bezüglich des Wesens der Untreue auf Grund des Wortlautes fortdauern werden, zum anderen auch die Freudenthal'sche Auffassung ihre Mängel hat.

Bei der Interpretation der vom V. E. gebrauchten Begriffe stößt man zunächst auf den des „Mißbrauches". Dieser ist nach der Begründung im weitesten Sinne zu nehmen und soll sowohl positive Handlungen wie benachteiligende Unterlassungen, z. B. die Nichteinlegung eines Rechtsmittels oder die Nichtsicherung einer Forderung, umfassen.

Der Begriff „Befugnis" ist dem geltenden Strafgesetze fremd. Durch die vom Gesetzgeber selbst hinzugefügte Erläuterung, daß die Befugnis durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumt sein muß, wird klargelegt, daß diese sich in § 277 V. E. nur auf rechtliche Grundlagen stützen kann. Die Darlegung dieses Begriffes gibt die Begründung auf Seite 767, wenn sie sagt: „der Mißbrauch der Machtstellung über fremdes Vermögen innerhalb des Verhältnisses, kraft dessen der Täter zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten verpflichtet ist, bildet das wesentliche Merkmal der Untreue." — Wie schon aus den obigen Ausführungen von Verfasser erhellt, bedeutet diese Pflicht nichts anderes, als die Pflicht, die eingeräumte Rechtsmacht nicht zu mißbrauchen und so dem Vermögen zu schaden.[4])

---

[2]) Begründung S. 767
[3]) Begründung S. 76
[4]) im Ergebnis König S. 56

Es hindert uns nichts daran, diese Befugnis mit der Machtstellung gleichzusetzen; denn die Untreue unterscheidet sich doch gerade von den anderen Vertrauens- und Verpflichtungsverhältnissen dadurch, daß bei ihr der Täter eine rechtliche Vertretungsmacht hat, auf Grund deren er in die Lage versetzt wird, Schaden nach sich ziehende Verfügungen vorzunehmen. Zweckmäßig wäre es gewesen, den Mißbrauch der Vertretungsmacht als Tatbestandsmerkmal besonders hervorzuheben, jedoch wird trotz des verschiedenen Wortlauts dasselbe Ergebnis praktisch erreicht.

Der Begriff „verfügen" wird in der Begründung zu § 277 nicht erläutert, wohl aber in den Begründungen der späteren Entwürfe. Hiernach soll „verfügen" nicht im Sinne des bürgerlichen Rechts, wonach der Täter eine dingliche Rechtsänderung vornehmen müßte, zu interpretieren sein. Man ließ sich bei der Deutung des Begriffes scheinbar von der Auffassung des R. G. leiten, das unter „verfügen" bezüglich der Ziff. 2 des § 266 eine Maßregel versteht, die in irgend einer Weise eine Veränderung in den Verhältnissen des Auftraggebers zu den betreffenden Vermögensstücken herbeiführt. [5])

Zu einer Bestrafung wegen Untreue ist aber immer zu fordern, daß der Mißbrauch der Machtstellung innerhalb des Verhältnisses, kraft dessen der Täter zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten verpflichtet ist, sich vollzieht. Ueber den Treubruch innerhalb des Vollmachtsverhältnisses hinauszugehen und, wie vereinzelt angeregt, unter Aufgabe der Identität der zu schützenden und der geschädigten Interessen oder ihrer Träger jede unter Verletzung einer Fürsorgepflicht begangene Handlung unter Strafe zu stellen, [6]) hat der Entwurf im Gegensatz zu dem sogenannten Gegenentwurf abgelehnt.

Der V. E. hat wie auch im geltenden Recht davon Abstand genommen, den Versuch der Untreue zu bestrafen.

Der subjektive Tatbestand der Untreue des Vorentwurfs verlangt ebenso wie im geltenden Recht ein absichtliches Handeln; der Begriff „absichtlich" wird aber im § 266 Str. G. B. nach der ständigen Rechtsprechung des R. G. und nach der in der Literatur herrschenden Lehrmeinung in dem Sinne von „vorsätzlich" gebraucht, sodaß auch der dolus eventualis genügt.

In § 277 V. E. soll der Begriff „absichtlich" jedoch in dem Sinne interpretiert werden, daß der Eintritt der Vermögensbeschädigung als erstrebter Erfolg gewollt sein muß. Wollte man sich in subjektiver Hinsicht mit dem dolus eventualis begnügen, so könnte nach Ansicht der Verfasser des V. E. die Strafbarkeit leicht überspannt werden, da nach dem Volksempfinden zwar der auf die Untreue gerichtete Wille, nicht aber das bloße Bewußtsein von dem möglich schädigenden Erfolge der Handlung das Eingreifen der Staatsgewalt rechtfertigt. Die Bedenken, den dolus eventualis zu

[5]) E. 11, 422
[6]) Begründung S. 767

einer Bestrafung für ausreichend zu halten, werden nach ihrer Ansicht noch vermehrt, weil der Entwurf den Tatbestand in Bezug sowohl auf die Täterschaft als auch auf die Handlung erweitert; auf diese Weise kann es nach ihnen zu Nachteilen im Geschäftsleben kommen, als gerade die von dieser Strafdrohung betroffenen Rechtsverhältnisse zu ihrer gedeihlichen Entwicklung eine gewisse Bewegungsfreiheit des Bevollmächtigten voraussetzen, die durch die Unsicherheit, möglicherweise dem Strafgesetze zu verfallen, beeinträchtigt werden kann. [7])

Der V. E. spricht seinen Standpunkt, was unter „absichtlich" zu verstehen ist, in § 59 Abs. 3 aus. Danach ist eine vorsätzliche Handlung dann eine absichtliche, wenn der Täter sie verübt, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. Wo das Gesetz das Wort „absichtlich" gebraucht, wird zwar auch Vorsätzlichkeit in dem allgemeinen Sinne gebraucht, aber darüber hinaus wird noch etwas weiteres gefordert, nämlich der direkte dolus, das Handeln, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen. „Die Abgrenzung zwischen vorsätzlichem und absichtlichem Handeln hat man dahingehend zu treffen, daß ersteres dann vorliegt, wenn der Täter die Tat begeht, obwohl er die Kenntnis von dem gewissen oder doch nicht unwahrscheinlichen Eintritt des Erfolgs hat, wobei dahingestellt bleiben kann, ob ihm der Erfolg gleichgültig oder nicht nichtig genug erscheint, um sich von der Tat abhalten zu lassen, oder ob er diesen Erfolg neben seinen etwaigen anderen Zielen erwünscht oder doch billigenswert ansieht." Absichtlich handelt jedoch der Täter, wenn er einen bestimmten Erfolg herbeiführen will, wenn dieser das Ziel seines Handels ist. Es genügt nicht, daß der Täter sich den Erfolg nur im allgemeinen vorstellt, vielmehr muß er im Augenblick der Tat in seiner Vorstellung die Grenzen, innerhalb deren der Erfolg eintreten soll, ungefähr ziehen. Daraus aber soll nicht folgen, daß nur ein einziger Erfolg beabsichtigt sein kann. [8])

Verwertet man diese gewonnenen Gedanken für den Untreuetatbestand des § 277, so muß der Eintritt der Vermögensbeschädigung als erstrebter Erfolg gewollt sein. — Verfasser möchte sich aber gegen die Einführung dieser Schuldform aussprechen, da bei der Untreue des § 277 die Schädigung des Machtgebers selten wirklich das Motiv des Handelns ist. Für die Verfasser des V. E. war wohl der Gedanke maßgebend, den dolus eventualis auszuschließen; das konnten sie aber auf eine andere Weise erreichen, z. B. indem man von einem „bestimmten" Vorsatze redet. Jedenfalls ist es unangebracht, ein Wort da zu gebrauchen, wo es die im Gesetze ausdrücklich beigelegte Bedeutung gar nicht haben kann. [9]) Bezeichnend für die Unhaltbarkeit des Schuldgrades ist, daß die späte-

[7]) Begründung S. 767, 768
[8]) Begründung zu § 59 Abs. 3
[9]) Der gleichen Ansicht v. Lilienthal a. a. O. S. 244; Kitzinger a. a. O. S. 218; ebenso Hergt a. a. O. S. 232 Nr. 2; Binding a. a. O. S. 52

ren Entwürfe das Erfordernis eines absichtlichen Handelns fallen ließen.

Da nach dem V. E. die Rechtswidrigkeit für jeden Verbrecherbegriff zu fordern ist, gehört auch zur vollständigen Untreuehandlung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.

Bezüglich des Strafmaßes will der V. E. das Vergehen der Untreue mit Gefängnis, Haft oder Geldstrafe bis zu 10 000 Mk. bestrafen. Gegen die Einführung der Haftstrafe spricht Verfasser sich aus dem Grunde aus, da die Untreue nach seiner Ansicht ein so geartetes Delikt ist, dessen Sühne mit einer Haftstrafe nicht angemessen erscheint; tatsächlich wurde in späteren Entwürfen von dieser Strafart Abstand genommen.

Zu begrüßen ist, daß der Vorentwurf für gewisse Fälle ein Antragserfordetnis aufstellt. Die Begründung[10]) betont mit Recht, daß die Ausdehnung des Antragerfordernisses auf den Tatbestand der Untreue sachgemäß ist. Die Erweiterung des Tatbestandes, in den auch die Fälle der gesetzlichen Verwaltung des Ehemannes und des elterlichen Gewalthabers einbezogen werden, führt notwendig zum Antragserfordernis für solche Fälle, in denen ein Einschreiten von Amtswegen zugleich einen schweren Eingriff in Familienverhältnisse und ähnliche Beziehungen enthalten würde. — Nicht hat man, wie zuweilen verlangt wird, nach dem V. E. Straflosigkeit dann vorgesehen, wenn Untreue gegen Verwandte absteigender Linie oder gegen den Ehegatten begangen wird. Dieses Verhalten läßt sich insofern rechtfertigen, als Kinder und Ehegatten gegen zuweilen schwere Vermögensbeschädigungen dann ungeschützt bleiben können.[11]) Will man in diesen Fällen verhindern, die Strafverfolgung weiter durchzuführen, dann besteht immer noch die Möglichkeit nach § 278 Abs. 1 Satz 2 den Antrag zurückzunehmen.

Zusammenfassend ist an dem Tatbestandsvorschlage des V. E. zu kritisieren, daß einmal der Begriff „Befugnis" Unklarheiten in sich birgt, sodann aber, daß es auf Grund der Fassung unmöglich ist, die Fälle zu erfassen, in denen der Bevollmächtigte, wie beim Kommissionär, Eigentümer geworden ist und deshalb ein Mißbrauch der Verfügungsbefugnis nicht vorliegt. Schließlich ist aus den oben erwähnten Gründen der subjektive Tatbestand nicht zu billigen.

§ 15. Die Untreue im Gegenentwurf (G E).

Zwei Jahre später wurde diesem Vorentwurf der sogenannte Gegenentwurf, der von den Professoren Kahl,v . Lißt, v. Lilienthal und James Goldschmidt bearbeitet wurde, gegenübergesetzt, der die Untreue in § 322 folgendermaßen formuliert:

---

[10]) S. 769
[11]) Freudenthal a. a. O. S. 151

„Wer in der Absicht, sich oder einem anderen einen dem Rechte zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen einen rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft auferlegte Pflicht zur Wahrung dieses Vermögens verletzt, wird mit Gefängnis bestraft."

In der Begründung [1]) zum G. E. wird von den Verfassern desselben ausdrücklich hervorgehoben, daß das Wesentliche der Untreue in der Verletzung einer Rechtspflicht, nämlich der Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge, nicht in dem Mißbrauche eines Rechts liege. — Diese Begründung führt schließlich zu dem Freudenthal'schen Ergebnis und es lassen sich gegen dieses dieselben Einwände erheben, die Verfasser gegen die Auffassung Freudenthals vorbrachte. In der Begründung zum V. E. nahm man auch davon Abstand, jede unter Verletzung einer Fürsorgepflicht begangene Handlung unter Strafe zu stellen, da die Tragweite einer solchen Vorschrift unübersehbar wäre und ein Bedürfnis in dieser Hinsicht nicht hervorgetreten wäre. [2]) Wollte man der Auffassung der Verfasser des G. E. folgen, so müßte man sich bald dazu verstehen, eine Bestrafung in allen den Vertragsverhältnissen anzunehmen, denen eine Pflicht zur Vermögensfürsorge charakteristisch ist. Nach dieser Ansicht bezweckte der Untreueparagraph lediglich den Schutz von Privatverhältnissen, nicht jedoch den Schutz eines Tatbestandes, der weit über ein bloßes Privatvertragsverhältnis hinauswirkt.

Der Unterschied der Grundgedanken des V. E. und G. E. läßt sich am besten an Hand eines Beispieles, das von Seidl [3]) gebraucht wird, darstellen. Ein Handlungsgehilfe ist mit dem Verkaufe von Waren in einem Laden beauftragt, gleichzeitig ist ihm die Macht gegeben, über diese Waren zu verfügen. Bei einem Mißbrauche dieser Vollmacht ist sowohl nach dem V. E. sowie auch nach dem G. E. eine Bestrafung wegen Untreue zwar aus ganz verschiedenen Gesichtspunkten möglich, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind. — Würde jedoch nun der Handlungsgehilfe z. B. Gegenstände des Ladeninventars veräußern, um sich auf diese Weise Geldmittel zu verschaffen, dann müßte nach § 277 V. E. eine Bestrafung des Handlungsgehilfen wegen Untreue ausscheiden, weil diesem im Normalfalle nicht die Macht gegben ist, derartige Verfügungen vorzunehmen, somit seine Verfügungen sich niemals als Mißbrauch der Verfügungsbefugnis darstellen können. Auf Grund der Bestimmung des § 322 G. E. läßt sich zur Not eine Bestrafung wegen Untreue konstruieren, da man die zur Tatbestandsverwirklichung zu fordernde Pflicht zur Wahrung des Vermögens des Verletzten eventuell aus dem Dienstvertrage herleiten kann. Auch ist eine Verletzung gegeben, da das fremde Vermögen geschädigt ist; schließlich ist auch ein dem Recht zuwiderlaufender Vermögensvorteil verschafft worden. Aus dem angeführen Beispiele erhellt, daß dem Tatbestande des G. E. ein besonderes Ab-

[1]) Begr. S. 295
[2]) Begr. S. 767
[3]) S. 27ff

grenzungsmerkmal gegenüber anderen Deliktshandlungen, in unserem Falle der Unterschlagung, fehlt, andererseits auch das Wesen der Untreue von dem G. E. verkannt wird. Auch in dem oben in § 5 erwähnten Beispiele des Hausverwalters, der während der Abwesenheit des Hauseigentümers die Betreuung des Grundstückes übernehmen soll, dieser Pflicht aber nicht nachkommt, vielmehr absichtlich das Haus in schlechtem Zustande unterhält, hat nach dem § 322 G. E. eine Bestrafung wegen Untreue zu erfolgen nud zwar aus folgenden Gründen: Die Unterhaltung des Hauses ist ein Vermögensinteresse des Eigentümers, durch die Nichtinstandhaltung des Grundstückes ist fremdes Vermögen in Mitleidenschaft gezogen worden. Ein rechtswidriger Nachteil ist dem Eigentümer zugefügt worden, die Absicht ist ebenfalls vorhanden, schließlich besteht für den Hausverwalter eine Pflicht zur Vermögensfürsorge auf Grund des Dienstvertrages. —

Wenn man in dem vorhergehenden Beispiele der Ansicht sein kann, daß eine Handlung vorliegt, die nach der allgemeinen Rechtsauffassung strafwürdig erscheint, so muß letzteres Beispiel sicherlich dem Zivilrecht zur Regelung überwiesen werden, damit die Normen über den Schadensersatz Anwendung finden können. Eine strafrechtliche Ahndung nämlich ist unverständlich, da der Staat kein Interesse hat, für jede Pflichtverletzung einen Strafanspruch zu erheben. Das Strafrecht müßte sonst alle Verhältnisse des Rechslebens regeln wollen, in diesem Falle würde sich der Staat aber vor eine Aufgabe stellen, deren Erreichung ihm unmöglich ist. [4])

Die Beweisführung sollte zeigen, daß es nicht angebracht ist, einen solchen weiten, der scharfen Abgrenzung gegenüber anderen Strafbestimmungen entbehrenden Tatbestand, wie ihn der § 322 G. E. in sich birgt, für ein künftiges Strafgesetzbuch zu verwenden.

Gleichzeitig will Verfasser noch zu einem Einwande gegen den V. E. Stellung nehmen, den Seidl, [5]) ein heftiger Befürworter des G. E., erhebt. Seidl wendet sich gegen die Einführung des Begriffes des „Mißbrauchens" als Tatbestandsmerkmal, da dieser ihm aus technischen, wie auch aus strafpolitischen Gründen nicht billigenswert erscheint. Die Gesetzesbestimmung des V. E. enthält nach ihm nämlich keine klaren und prägnanten Gebots- und Verbotsbestimmungen und es besteht somit die Möglichkeit, daß die Bewegungsfreiheit der Person, die es anginge, beeinträchtigt würde. — Hiergegen ist zu sagen, daß der Begriff des „Mißbrauchens" mindestens so klar und eindeutig ist, wie der Begriff „Pflicht zur Wahrung der Vermögensinteressen" im G. E. Zudem wird auch der Begriff „Mißbrauchen" in dem geltenden Strafgesetzbuch in § 339 verwandt, ohne daß gegen ihn Einwände erhoben werden.

In subjektiver Beziehung fordert § 322 G. E. das Bewußtsein, fremdes Vermögen zu schädigen, hinzukommen muß noch die Absicht, sich oder einem Dritten einen dem Rechte zuwiderlaufenden Vermögensvorteil verschaffen bezw. einem anderen einen rechts-

[4]) a. a. O. S. 25
[5]) ebenso König S. 59

widrigen Nachteil zuzufügen. Die Absicht der Bereicherung wird man getrost streichen können, da diese in der Regel eine Begleiterscheinung der Vermögensdelikte sein wird.

Im Gegensatze zum geltenden Recht und zum V. E. wird der Versuch der Untreue nach dem G. E. bestraft. Die Rechtfertigung dieser Abweichung ergibt sich auch aus § 27 G. E., wonach der Versuch eines Vergehens, das mit Gefängnis von nicht mehr als 6 Monaten bedroht ist, straflos bleibt. Da die Untreue aber mit Gefängnis bedroht wird, nach § 42 G. E. das Strafmaß zwischen einer Woche und zwei Jahren schwankt, muß demnach immer eine Bestrafung des Versuches erfolgen, nur kann in besonders leichten Fällen auf Grund des § 28 von Strafe überhaupt abgesehen werden.

Bei der nahen Verwandtschaft zwischen den Tatbeständen der Untreue und des Betruges, bei welchen der Versuch immer bestraft wird, ist man leicht geneigt, dasselbe auch bei der Untreue anzunehmen. Jedoch ist den in der Begründung des V. E. [6]) geäußerten Erwägungen beizustimmen, daß die Versuchshandlungen bei der Untreue sich schwer als solche feststellen lassen, vielmehr liegt es in der Natur der Sache, daß die Untreue oft erst greifbar hervortreten wird, wenn sie vollendet ist Die Einbeziehung des Versuchs würde also einerseits oft nichts nützen, andererseits die Möglichkeit allzu weiter Ausdehnung der Strafbarkeit eröffnen.

Für die Ablehnung der Strafbarkeit des Versuchs spricht noch eine weitere Erwägung. Man kann neuerdings die Tendenz feststellen, die Zivilprozesse durch den Staatsanwalt führen zu lassen, d. h. das zur Ueberführung des angeblichen Täters notwendige Material wird auf Kosten des Staates zusammengebracht, auf Grund dessen der Anzeigende seine Zivilklage stützen will. Wenn nun meist der Staatsanwalt die Verfolgung ablehnen wird, weil wichtige Tatbestandserfordernisse nicht erfüllt sind, so erreicht doch dieses Verhalten, daß der Beschuldigte moralische und wirtschaftliche Schädigungen erleidet. Wollte man den Versuch der Untreue für strafbar erklären, so liegt diese geschilderte Gefahr nahe, wo „die der Vollendung, d. h. dem Eintritte des wirklichen Vermögensschadens vorausgehende Tätigkeit sich meistens aus Akten zusammensetzt, die irrelevant oder völlig erlaubt sind, aus denen auf einen verbrecherischen Willen zu schließen sehr gewagt wäre.“ [7])

Schließlich wird nach der Definition des G. E.: „Wer mit dem Vorsatz, ein Verbrechen oder Vergehen zu vollenden, die Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens begonnen hat, wenn das Verbrechen oder Vergehen nicht vollendet worden ist, nicht zur Strafbarkeit des Versuches gefordert, daß mit sämtlichen zur Vollendung notwendigen Handlungen — also auch mit der Vermögensbeschädigung — ein Anfang gemacht ist. Der Nachweis, wann somit ein Untreuevergehen vorliegt, wird mancherlei Schwierigkei-

---

[6]) S. 768
[7]) Seidl a. a. O. S. 41

ten zeitigen, sodaß sich aus diesen und noch aus den anderen beiden Gründen der Wunsch vom Verfasser rechtfertigen läßt, den Versuch der Untreue für straffrei zu erklären.

Bezl. des Strafmaßes unterscheidet sich der Gegenentwurf von dem V. E. insofern, als der G. E. neben der Gefängnisstrafe in Fällen, wo der Vermögensschaden besonders groß ist oder der Täter die Tat durch längere Zeit fortgesetzt hat, auf Zuchthausstrafe erkannt werden kann und die Geldstrafe als Nebenstrafe eine Höhe von 50 000 Mk. bei ihm erreichen kann. Aus strafpolitischen Gesichtspunkten ist die Einführung der Zuchthausstrafe für besonders schwere Fälle gegenüber dem V. E. zu begrüßen.

Auch nach dem § 323 G. E. ist das Untreuedelikt in gewissen Fällen ein Antragsdelikt; es sprechen für diese Einführung dieselben Gründe, die Verfasser hinsichtlich des V. E. ausgeführt hat. Auch der G. E. kennt in § 39 die Möglichkeit der Zurücknahme des Antrages. Während nach § 75 V. E. gegen alle an der Tat Beteiligten eine Strafverfolgung stattfindet, wenn auch nur gegen einen von ihnen der Antrag gestellt ist, und die Zurücknahme des Antrages gegen einen der Beteiligten auch als Zurücknahme für die übrigen wirkt, will der G. E. den Grundsatz der Unteilbarkeit des Strafantrages für diese Fälle durchbrechen. §§ 38 Satz 2, 39 Abs. 2. — Dieser Vorschlag ist aber im Einvernehmen mit der herrschenden Meinung abzulehnen, da dadurch das Gerechtigkeitsgefühl zu sehr verletzt werden kann, wenn auch der Wunsch des Verletzten, nur den einen Täter zu bestrafen, den anderen aber von der Strafverfolgung ausgeschlossen zu wissen, verständlich ist.

§ 7. Die Untreue im Kommissionsentwurf (K. E.) von 1913 und im Entwurf von 1919.

Die Fassung des Untreuetatbestandes in § 367 K. E. und 377 Ent. v. 1919 ist dieselbe, nur hinsichtlich der Strafdrohung unterscheiden sich beide Entwürfe von einander:

„Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft."

Bei einem Vergleich der objektiven Tatbestände dieser beiden Entwürfe mit dem des § 277 V. E. ist die Feststellung zu treffen, daß in dem § 367 K. E. bezw. 377 Entw. von 1919 zwar einige Wortänderungen vorgenommen wurden, im wesentlichen aber die Tatbestände die gleichen geblieben sind. Das in der Begründung zum V. E. dargelegte Wesen der Untreue als der Verletzung der Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge ist endgültig fallen gelassen. Diese Abweichung wird dahin erklärt, daß es auf die Vertretungsbefugnis ankomme und der Bevollmächtigte zudem aus seiner Vollmacht keine Pflichten herleite. [1])

[1]) Vergl. Protokolle der Strafrechtskommission erste Lesung bes. Teil 176 Sitzung vom 23. 10. 1912

Beide Entwürfe haben ebenfalls wie der Vorentwurf die Kasuistik des geltenden Rechts verlassen und an ihrer Stelle den Täterkreis durch das Wort „wer" umschrieben; zu ergänzen ist, daß der Täter die Befugnis haben muß, über fremdes Vermögen zu verfügen. Im einzelnen gehören in den Kreis derjenigen, deren Verfügungsbefugnis auf Gesetz beruht, unzweifelhaft sämtliche Personen, die in § 266 Ziff. 1 genannt sind. Hinzu kommen aber noch auf Grund der allgemeinen Fassung des Tatbestandes der Ehemann bezw. der Vater, die das Vermögen ihrer Frau bezw. ihrer Kinder verwalten, ebenfalls die Vertreter gesetzlicher Korporationen, sei es mit sei es ohne Rechtsfähigkeit, ferner die Vollstrecker von Erbverträgen, der Beistand der Mutter (§§ 1687 ff, B. G. B.) Diesem Täterkreise gehören endlich noch die öffentlichen Beamten an, wenn es ihre Aufgabe ist, fremdes Vermögen zu verwalten, da man den Ausdruck „Gesetz" wohl dahingehend interpretieren muß, daß auch die Vorschriften des öffentlichen Rechts unter diesen Ausdruck zu begreifen sind. Die Zahl der Untreuesubjekte ist demnach gegenüber dem geltenden Rechte beträchtlich vermehrt worden.

Auf Rechtsgeschäft beruht die Verfügungsbefugnis aller der Personen, die in der Ziff. 2 des jetzt geltenden § 266 genannt sind. Hinzu kommen noch die Personen, die im eigenen Namen handeln und über fremdes Vermögen zu verfügen imstande sind, die also nicht als Bevollmächtigte im Rechtssinne anzusehen sind. Als typisches Beispiel ist der Verkaufskommissionär zu nennen.

Nicht mehr strafbar sind wie auch im V. E. so nach dem K. E. und dem Ent. v. 1919 die Personen der Ziff. 3 des § 266, da ihre Tätigkeit nicht in einer rechtsgeschäftlichen Verfügungsbefugnis besteht, ihre Tätigkeit zumeist nur in Beglaubigungen von Rechtsgeschäften zu erblicken ist. Diese Lösung dürfte zu billigen sein, da nach dem geltenden Recht die Gefahr besteht, daß auf diese Weise das Wesen der Untreue verdunkelt wird.

Nach beiden Entwürfen ist es aber nicht möglich, diejenigen Personen als Untreuetäter zu behandeln, die nach den Regeln des Zivilrechts Eigentum an den Gegenständen, über die Verfügungen vorgenommen werden, erlangt haben, also namentlich der Einkaufskommissionär bezügl. des Kommissionsgutes und der fiduziarische Eigentümer. Der Grund für diesen Ausschluß der Strafbarkeit dieser Personen ist darin zu finden, daß beide Entwürfe verlangen, daß fremdes Vermögen geschädigt wird. In diesen Fällen nehmen die aufgeführten Personen ihre Verfügungen kraft eigenen Rechts vor, mögen sie auch an diesen zeitweilig durch obligatorische Beziehungen gehindert sein. Der Umstand, daß der Einkaufskommissionär und fiduziarische Eigentümer auf Grund ihrer Rechtstellung fremde Vermögensinteressen schädigen können, rechtfertigt ihre Aufnahme aus dem Grunde nicht, weil die Klarheit des Untreuetatbestandes leicht in Mitleidenschaft gezogen werden kann.

Der Begriff „verfügen" ist nach den Begründungen in dem Sinne zu deuten, daß jede rechtsgeschäftliche Einwirkung auf das Vermögen genügen soll; andererseits wird damit zum Ausdruck gebracht, daß tatsächliche Einwirkungen auf fremdes Vermögen zur Verwirklichung des Tatbestandes nicht ausreichend sind.

Wie es sich aus den Gesetzesvorschlägen ergibt, muß die Verfügungsmacht auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen. Nur in dem Falle soll der Tatbestand der Untreue verwirklicht sein, wenn dem Täter auf Grund von Gesetz oder Rechtsgeschäft die Macht gegeben ist, rechtswirksam Verfügungen vorzunehmen; eignet sich dagegen der Täter zum Beispiel einen Gegenstand an, der ihm zur Aufbewahrung gegeben war, dann hat eine Bestrafung wegen Untreue auszuscheiden, es treten dafür die Bestimmungen über die Unterschlagung an die Stelle.

Die strafbare Handlung hat man in einem Mißbrauchen der Verfügungsmacht zu erblicken. Der Untreuetäter muß seine Stellung so ausnutzen, daß sie im Gegensatz zu dem ihm obliegenden Wirkungskreis steht; wie weit dieser reicht, läßt sich nur auf Grund einer Untersuchung feststellen, was die Parteien mit der Uebertragung der Verfügungsmacht bezweckten. — Der Täter darf daher seine Befugnis nicht überschreiten, [2]) geschweige denn ohne sie handeln, da es ihm dann gerade an der Machtstellung, auf Grund deren er Verfügungen vornehmen durfte, gebricht. Der Mißbrauch erfordert nicht notwendig ein Handeln, auch Duldungen und Unterlassungen fallen darunter, sofern der Täter die Rechtspflicht hatte, dieselben vorzunehmen.

Durch ausdrückliche Hervorhebung im Tatbestande der Untreue wird klargelegt, daß das Vermögen das Objekt der Untreue ist, nicht persönliche Interessen. Dieses Vermögen darf dem Täter nicht gehören, muß somit ein fremdes sein.

Das Delikt der Untreue ist vollendet, wenn fremdes Vermögen geschädigt ist. Nach der Denkschrift soll dies der Fall sein, wenn das Vermögen, das man jetzt als den Inbegriff aller Rechte und Verpflichtungen zu definieren hat, in seinem Gesamtbestande geringer ist als vorher. Gleichgültig ist es, ob der Vermögensschaden durch Verminderung von Aktiven oder Eingehungen von Verpflichtungen eintritt; insofern gehen die Entwürfe weiter als das geltende Recht.

Gegenüber dem Vorentwurf bringen die Entwürfe von 1913 und 1919 insofern eine Aenderung, als sie für die Art der Handlung und den Erfolg ein verschiedenes Verschulden verlangen, verlangen sie doch, daß der Täter wissentlich seine Verfügungsmacht mißbraucht. Die Entwürfe (§ 18 Abs. 1, § 13 Abs. 1) geben selbst darüber Aufschluß, was sie unter „wissentlich“ verstanden wissen wollen. Nach § 18 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 soll es, wo das Gesetz ein wissentliches Handeln fordert, zur Strafbarkeit nicht genügen, daß der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes nur für möglich hält und für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist. Der Täter muß stets wissen und wollen, daß seine Verfügung eine mißbräuchliche ist, dem Interesse des Machtgebers nicht entspricht. Für die Auswirkung des „Mißbrauches“, die Vermögensbeschädigung, soll der Vorsatz des Täters genügen. Vorsätzlich handelt auf Grund der §§ 17, 11 der Entw. von 1913 und 1919, wer den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Wollen ver-

[2]) Anderer Meinung die Denkschrift S. 327

wirklicht oder die Verwirklichung des Tatbestandes zwar nur für mögiich hält, jedoch für den Fall ihrer Verwirklichung mit ihr einverstanden ist. Hiernach ist für die Vermögensbeschädigung im Gegensatz zu dem Mißbrauchen auch der dolus eventualis des Täters für ausreichend zu erachten.

Die Strafe der Untreue ist Gefängnis bis zu fünf Jahren. Der K. E. kennt neben der Gefängnisstrafe noch Geldstrafe, der E. v. 1919 nur dann, wenn der Täter aus Gewinnsucht gehandelt hat. In diesem Falle kann auf Geldstrafe bis zu 100 000 Mk. erkannt werden (§ 55). Als Nebenstrafe kommt noch auf Grund des § 75 die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in Betracht. Bei mildernden Umständen ist unter gewissen Voraussetzungen Geldstrafe zulässig. (§ 115 Abs. 2.) Für besonders schwere Fälle kennt der K. E. die Zuchthausdrohung, doch wurde in dem Entw. von 1919 von dieser Strafdrohung Abstand genommen.

Beide Entwürfe kennen ebenso wie der V. E. die Möglichkeit, in besonders gelagerten Fällen die Strafverfolgung des Untreuevergehens von einem Antrage abhängig zu machen (§ 368 K. E., § 378 Entw. v. 1919). In den §§ 47, 48 K. E. und § 40/41 Ent. v. 1919 werden die Unteilbarkeit und die Rücknahme des Antrages behandelt.

§ 17. Die Untreue im amtlichen Entwurf von 1925 und im Entwurf von 1927.

In dem amtlichen Entwurf von 1925 hat der Tatbestand der Untreue im § 314:

> „Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines anderen zu verfügen, wissentlich zum Nachteil eines anderen mißbraucht, wird mit Gefängnis bestraft "

seine Regelung erfahren, der unter einigen Abänderungen, die im Reichsrat an ihm vorgenommen wurden, im Mai 1927 von der Reichsregierung dem Reichstage in folgender Fassung vorgelegt wurde:

> „§ 348. Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.
>
> Ebenso wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen der §§ 333, 334, Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteil des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet.
>
> In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthausstrafe bis zu fünf Iahren."

Gegenüber der Fassung des Entw. 1913 und des v. 1919 weisen diese beiden Entwürfe mancherlei Uebereinstimmungen auf, andererseits bringen sie auch einige Abweichungen.

I. Der objektive Tatbestand.

Das Schutzobjekt ist wie auch in dem Entw. v. 1919 in beiden amtlichen Entwürfen das Vermögen. Die Rechtfertigung dieser Auffassung ergibt sich sowohl aus dem Wortlaute der Gesetzesvorschläge als auch aus den amtlichen Begründungen. In gleicher Weise ist zu fordern, daß das Vermögen dem Täter nicht gehört, somit ein fremdes ist.

Bezüglich der Umgrenzung des Täterkreises bedient sich der objektive Tatbestand beider Entwürfe ebenfalls der generellen Fassung „wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, mißbraucht . . . .". Für die Auslegung dieser Begriffe treffen im einzelnen ebenfalls die Ausführungen zu, die bezl. des Entw. v. 1919 gemacht worden sind, sodaß Verfasser auf diese verweisen kann. Auch der Täterkreis ist derselbe; als Täter kommen daher in Betracht neben den Personen des geltenden Rechts der Vater und die Mutter als Inhaber der elterlichen Gewalt, der Ehemann als Verwalter des eingebrachten Guts, die Ehefrau als Inhaberin der Schlüsselgewalt, der Vollstrecker von Erbverträgen, [1]) alle Beamte, die mit der Verwaltung von Staats- und Gemeindevermögen betraut sind usw. Die Entscheidung der Frage, wann die Verfügungsbefugnis [2]) vorliegt, wird nach Ansicht von Verfasser eine Fülle von Streitigkeiten verursachen. Sicherlich fallen der Mieter, Entleiher und Verwahrer nicht unter diese Bestimmung, da sie keine Verfügungsbefugnis haben; zweifelhaft ist es aber, ob Nießbraucher, Pfandgläubiger, der aus kaufmännischem Zurückbehaltungsrecht Berechtigte und der Geschäftsführer ohne Auftrag eine Verfügungsbefugnis besitzen; im bejahenden Sinne entscheidet sich Mayer. [3])

Jung [4]) sieht in den Gesetzesvorschlägen eine Lücke, da auf Grund des Wortlautes eine strafrechtliche Erfassung aller der Fälle nicht möglich ist, in welchen zwar Personen für fremdes Vermögen zu sorgen haben, ihre Verfügungsbefugnis aber weder auf Gesetz noch auf einem mit dem Geschädigten geschlossenen Rechtsgeschäfte beruht. Als Beispiele führt er Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer juristischer Personen auf, wenn sie Kunden ihrer Körperschaft dadurch benachteiligen, daß sie über deren ihrer Verwaltung unterliegenden Vermögensstücke verfügen, ferner Prokuristen der Einzelkaufleute und solcher juristischer Personen. Sein Vorschlag zielt darauf hin, durch Einfügung der Worte „oder vermöge rechtlicher Verpflichtung" in den Tatbestand der Entwürfe auch diese Fälle einzuverleiben. — Gegen diesen Vorschlag ist aber auszuführen, daß alle die Fälle nach den Entwürfen strafbar sind, in welchen der Gegenstand, über den verfügt wird, zum Vermögen der Körperschaft gehört; eine andere Entscheidung ist in dem Falle zu treffen, wenn es sich um Vermögensstücke des Kunden handelt. Im ersteren Falle gründet sich die Verfügungsbefugnis auf den An-

---

[1]) Mayer a. a. O. S. 322
[2]) Darauf weist auch Olshausen mit Recht hin (N. 12 zu § 266)
[3]) a. a. O. S. 323—24
[4]) S. 50

stellungsvertrag zwischen Körperschaft einerseits und Angestellten andererseits; im letzteren Falle fehlt es aber an einer direkten rechtlichen Beziehung zwischen Kunden und Angestellten.[5]) — Den Vorschlag Jung's möchte Verfasser aus dem Grunde nicht billigen, weil er dem Wesen der Untreue nicht gerecht wird; denn das Wesen der Untreue wird durch den Mißbrauch der Verfügungsbefugnis charakterisiert, diese gründet sich jedoch auf den Anstellungsvertrag, auf den der Kunde nicht einwirken kann. Um solche Fälle für strafbar zu erklären, müßte man sich zur Schaffung eines neuen Tatbestandes verstehen; sodann werden auch häufig, sofern es sich nur um bewegliche Sachen handelt, die Bestimmungen über Unterschlagung oder Diebstahl für ähnlich gelagerte Fälle Anwendung finden können.

Um als Untreuetäter unter diese Strafbestimmungen zu fallen, ist endlich zu fordern, daß das Grundgeschäft, auf dem die Machtstellung beruht, rechtswirksam sein muß.[6]) Beendigung der Machtstellung zur Zeit der Tat schließt, soweit nicht nach gesetzlicher Vorschrift die Machtstellung als fortbestehend gilt, die Anwendbarkeit der §§ 314 bezw. 348 aus.

Die Deliktshandlung besteht in einem Mißbrauch der Verfügungsbefugnis. Unverständlich und irreführend ist es, wenn in den Begründungen zu den amtlichen Entwürfen[7]) dieser Mißbrauch wiederum als Treubruch bezeichnet wird. Diese Charakterisierung des Deliktes entspricht nicht dem Wesen der Untreue und kann leicht dazu führen, daß die Rechtsprechung des R. G. fernerhin an ihrer fehlerhaften Auffassung festhält.

Der Ausdruck „verfügen" ist in dem Sinne des Entw. v. 1919 gebraucht, sodaß jede rechtsgeschäftliche Einwirkung auf das fremde Vermögen genügt, tatsächliche Einwirkungen aber nicht genügen. Auch die Interpretation des Begriffes „mißbrauchen" ist dieselbe wie die des Entw. v. 1919. Der Grundgedanke des Untreuetatbestandes ist nach den Begründungen beider Entwürfe[8]) nur dann gegeben, wenn die Gesetzesvorschrift oder das Rechtsgeschäft gerade bezwecken, dem Täter eine solche Befugnis einzuräumen.

Gegenüber dem Entw. v. 1925 bringt der Entw. v. 1927 insofern eine Neuerung, als zwischen den Worten „verfügen" . . . und „wissentlich" die Worte „oder einen anderen zu verpflichten" eingefügt sind. In der amtlichen Begründung[9]) wird der Anlaß für diese Einfügung dahin erklärt, daß auch die Begründung einer schuldrechtlichen Verpflichtung, z. B. Ausstellung eines Wechsels, Uebernahme einer Bürgschaft eine Untreuehandlung sein könne. Dieser Zusatz kann u. E. jedoch gestrichen werden, da sämtliche Entwürfe an die Einbeziehung dieser Fälle dachten, zumal da auch eine Begründung einer Verpflichtung ein Verfügen im Sinne der Untreuebestimmung ist, wird doch zum Begriffe „verfügen", wie

---

[5]) ebenso König S. 71
[6]) zweifelnd H. Mayer S. 324
[7]) a. a. O. S. 166, 176
[8]) S. 167, 179
[9]) S. 179

schon oben dargelegt, nur ein rechtsgeschäftliches Handeln verlangt. Somit enthält dieser Zusatz im Grunde genommen eine Wiederholung desselben Gedankens nur mit anderen Worten.

Der Mißbrauch der Verfügungsbefugnis muß für den anderen, über dessen Vermögen der Täter verfügen kann, einen Nachteil, und zwar einen Vermögensnachteil, wie sich aus den Begründungen ergibt, zur Folge haben. Die Verwendung des Begriffes „Nachteil" bedeutet eine Aenderung gegenüber dem Entwurf von 1919, und dem gleichlautenden Entwurfe der Strafrechtskommission. Eine nähere Interpretation hinsichtlich dieses Begriffes gibt die Begründung nicht, sie gibt nur insofern Aufschluß, als sie drei Fälle aufzählt, in denen ein Nachteil für das Vermögen vorliegen soll. Er soll nicht nur dann gegeben sein, wenn beispielsweise ein zum Mündelvermögen gehörender Gegenstand im Namen des Mündels zu dessen Nachteil veräußert und dadurch der Aktivbestand gemindert wird, oder wenn er zum Nachteile seines Mündels einen Wechsel zeichnet oder eine Hypothek aufnimmt und dadurch die Schuld des Vermögens vermehrt, sondern auch schon dann, wenn er z. B. durch Aufgabe eines Pfandrechts die Sicherheit einer zum Mündelvermögen gehörenden Forderung mindert. (Begr. S. 180.)

Der amtliche Entwurf von 1927 gebraucht den Begriff „Nachteil" bezw. „nachteilig" noch in den §§ 90, 337, 339, 343. Für vorliegende Untersuchung können die §§ 90 und 337 jedoch ausscheiden.

Nach der amtlichen Begründung [10]) liegt im Falle der Erpressung des § 337 eine nachteilige Einwirkung dann vor, wenn die Gesamtvermögenslage des Betroffenen nach der Tat ungünstiger ist als vorher. Das soll der Fall nicht nur dann sein, wenn sich die Aktiven vermindert oder die Passiven erhöht haben, sondern auch dann, wenn beispielsweise jemand einen anderen nötigt, auf sein Erbrecht zu verzichten.

Auch der Betrugsparagraph 343 bedient sich des Begriffes „nachteilig"; in der Begründung [11]) wird zur Klarlegung dieses Begriffes auf die Ausführungen über die Erpressung verwiesen. Verfasser glaubt daher nicht fehlzugehen, daß die Auslegung des Begriffes „Nachteil" in dem Tatbestande der Untreue wegen ihrer inneren Verwandtschaft als Vermögensdelikt als Vermögensnachteil zu erfolgen hat, „daß somit der Gesamtvermögenswert als amorphe Masse von eigentlichen Vermögensrechten und Vermögensgütern verringert wird." [12])

Durch die Fassung des Entw. v. 1927 wird sodann auch die Möglichketi von Streitigkeiten, die bei der Auslegung des Entw. v. 1925 entstehen könnten, beseitigt. Denn bei letzteren konnte man auf Grund des Wortlautes geneigt sein, nicht unbedingt das Erfordernis eines Vermögensschadens aufzustellen, sondern sich schon zur Tatbestandsverwirklichung mit einer Vermögensgefährdung zu begnügen. Bei einer solchen Annahme bestände aber die

[10]) S. 173
[11]) S. 177
[12]) Mayer S. 328

Gefahr, daß Unklarheiten hinsichtlich dieses Begriffes entständen, da man in der Rechtprechung in der Entscheidung, wann ein Fall der Vermögensgefährdung vorliege und wann nicht, leicht geteilter Meinung sein könnte. Der Entw. v. 1927 beseitigt auf Grund seiner Fassung „und dadurch dem anderen Nachteil zufügt" die Möglichkeit dieser Streitigkeit.

Durch die Aufnahme des im Text schon wiedergegebenen Abs. 2 hat der Untreuetatbestand des E. v. 1927 eine Neuerung erfahren. [13]) Die in Frage kommenden Fälle des Abs. 2 unterscheiden sich von denen des Abs. 1 hauptsächlich dadurch, daß in den Fällen des Abs. 2 eine Verfügungsbefugnis tatsächlicher Art, in den Fällen des Abs. 1 dagegen rechtlicher Art mißbraucht wird. [14]) So wünschenswert eine Bestrafung dieser Fälle ist, — ist es doch möglich auf Grund dieser Bestimmung die Fälle strafrechtlich zu erfassen, in welchen der Täter, wie beim Kommissionär, selbst Eigentümer geworden ist —, so ist andererseits eine Einfügung dieses Tatbestandes in das Gefüge der Untreue systematisch verfehlt. Es besteht nämlich die Gefahr, daß die Eigenart des Deliktes verdunkelt wird, wenn zwei nicht wesensgleiche Tatbestände in einen zusammengedrängt werden. Diese Gründe rechtfertigen den Wunsch von Verfasser, für die Fälle des Abs.2 einen besonderen Paragraphen zu schaffen und diesen dem Untreueparagraphen anzuschließen.

Auch der Versuch der Untreue soll auf Grund des § 26 Abs. 1 A. E. v. 1927 straflos bleiben. In der Begründung hat man diesen Punkt nicht weiter erörtert; man ging wohl davon aus, daß das in den Begründungen von früher schon Gesagte auch für den Entw. v. 1927 gelten soll. Um Wiederholungen zu vermeiden, verweist Verfasser auf die früheren Darlegungen.

II. Der Subjektive Tatbestaed.

In subjektiver Beziehung fordert der Entw. von 1927 ebenso wie die Entwürfe von 1919 und 1925 ein „wissentliches Handeln". Während nach dem § 17 A. E. v. 1927 derjenige vorsätzlich handelt, der den Tatbestand der strafbaren Handlung mit Wissen und Wollen verwirklicht oder die Verwirklichung zwar nur für möglich hält, jedoch für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist, so besagt der § 18 Abs. 1 A. E. v. 1927, daß da, wo das Gesetz ein wissentliches Handeln fordert, es zur Strafbarkeit nicht genügt, daß der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes nur für möglich hält und für den Fall der Verwirklichung mit ihr einverstanden ist.

Gegenüber dem geltenden Rechte, daß nur ein vorsätzliches Handeln verlangt, ist die Neuerung aus dem Grunde vorgenommen worden, weil man der Ansicht war, daß die Strafbarkeit zu sehr ausgedehnt würde, wenn man sich zur Verwirklichung des subjekti-

---

[13])Eine an diesen Abs. anklingende Vorschrift findet sich im Entwurf von 1925 in § 300 Abs. 2. Vergl. die Ausführungen Mannheim's bei Aschrott-Kohlrausch S. 358

[14])Begr. S. 180

ven Tatbestandes mit dem eventuellen Vorsatze begnügte. „Die Sache liegt bei dem von der Strafdrohung betroffenen Rechtsverhältnissen häufig so, daß der Vertreter etwas aufs Spiel setzen muß, um den Interessen des Machtgebers zu dienen. Läßt man eine Bestrafung auf Grund des dolus eventualis zu, dann werden gerade gewissenhafte und pflichttreue Personen ihre Mitwirkung bei zweifelhaften und verwickelten Rechtsverhältnissen versagen." [1])

Nach dem Entwurf sollen die subjektiven Erfordernisse, die man für die Untreue aufzustellen hat, nur dann vorliegen, wenn der Täter weiß und will, daß seine Verfügung sich als ein Mißbrauch der Verfügungsmacht darstellt, dem Interesse des Machtgebers nicht entspricht; der dolus eventualis ist somit für diesen Fall nicht ausreichend. Für die Wirkung des Mißbrauches der Verfügungsbefugnis, die Vermögensbeschädigung, begnügt sich der Entwurf mit dem Vorhandensein des dolus eventualis.

Die Ausführungen der Begründung fordern m. E. bezgl. des subjektiven Tatbestandes zur Kritik heraus. — Einmal glaubt Verfasser, eine Zweiteilung des Verschuldens bezüglich der Handlung und des Erfolges ablehnen zu müssen, da es in der Praxis sicherlich schwer sein wird, die Verschiedenheit des Vorsatzes festzustellen.

Sodann wird auch, worauf Mannheim mit Recht hinweist, [2]) der Nachweis, daß der Täter die Benachteiligung für sicher hielt, nur in den seltensten Fällen gelingen.

Schließlich erscheint auf Grund gesunden Rechtsempfindens derjenige strafwürdig, der eine mit dem Mißbrauch seiner rechtlichen Verfügungsmacht zusammenhängende Benachteiligung seines Machtgebers nur für möglich, nicht für sicher hält, vorausgesetzt natürlich, daß er bedingt mit ihr einverstanden ist.

Den Ausführungen der amtlichen Begründungen, „daß der Vertreter die Möglichkeit haben müsse, etwas aufs Spiel zu setzen," mit anderen Worten, Bewegungsfreiheit für sein Handeln haben müsse, ist etwa mit folgenden Gründen zu begegnen. Die Verfasser der Begründung wollten u. E. durch diese Worte zum Ausdrucke bringen, daß bei gewagten Rechtsgeschäften die Strafbarkeit der Untreue, wollte man sich mit dem Erfordernis des Vorsatzes begnügen, zu leicht überspannt werden könnte, wenn sich der Vertreter nicht darüber klar ist, ob sein Handeln als Mißbrauch der Verfügungsmacht zu werten ist. Dies ist aber nicht der Fall, weil in derartigen Situationen es dem Täter häufig am Bewußtsein des Mißbrauches der Verfügungsmacht und an dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen wird, somit eine Bestrafung garnicht in Frage kommt. Hat jedoch der Vertreter das Bewußtsein, seine Handlung könne einen Mißbrauch der Verfügungsmacht darstellen, und handelt er trotzdem, so erscheint er Verfasser aus dem Grunde strafwürdig, weil er in diesem Falle besser von dem riskanten Geschäfte hätte Abstand nehmen sollen. Zudem bedient sich das geltende Recht des Vorsatzes als Tatbestandsmerkmal für den subjektiven Tatbestand mit gutem Erfolg, ohne daß sich größere Mängel zeigten.

---

[1]) Begründung S. 180
[2]) a. a. O. S. 359

Verfasser glaubt nicht fehlzugehen, wenn er aus dem subjektiven Tatbestand das Wort „wissentlich" streicht und an seine Stelle das Wort „vorsätzlich" einsetzt, so daß für Handlung und Erfolg Vorsatz und Eventualvorsatz ausreichend sind. [3])

III. Die Strafe.

Die Strafe der Untreue ist Gefängnis bis zu fünf Jahren. Liegen mildernde Umstände vor, dann kann gemäß § 73 Abs. 5 auf Geldstrafe erkannt werden. In besonders leichten Fällen gemäß § 76 von Strafe abzusehen, ist nicht möglich, da das Gesetz eine dahinzielende Vorschrift nicht erwähnt; dagegen ist eine schärfere Bestrafung für besonders schwere Fälle gemäß § 77 vorgesehen, bestimmt doch § 348 Abs. 3, daß in besonders schweren Fällen die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren ist. Dieser Strafmaßstab ist zu billigen, da dem Richter somit ein größerer Strafrahmen zur Verfügung steht, sodaß er besonders schwere Untreuefälle mit der Zuchthausstrafe belegen kann.

IV. Der privilegierte Tatbestand.

Auch der Entwurf von 1927 sieht wie die früheren Entwürfe die Möglichkeit vor, daß Personen, die als Angehörige des Verletzten zu diesem als Vormund, Pfleger, Lehrherr oder Erzieher in Beziehung stehen, oder mit dem Verletzten in häuslicher Gemeinschaft leben, nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt werden können. Die Aufnahme dieser Vorschrift ist zu begrüßen, da es in dem Belieben des Verletzten steht, ob er den Täter z. B. in Rücksicht auf verwandtschaftliche Beziehungen wirklich verfolgen will. In besonders leichten Fällen kann nach Abs. 2 das Gericht von Strafe absehen. § 10 gibt die gesetzliche Interprätation, wann jemand als Angehöriger im Sinne unserer Vorschrift anzusehen ist. In welcher Weise „das Verlangen" des Verletzten geäußert werden soll, darüber gibt der Entwurf keinen Anhalt. Man wird wohl annehmen dürfen, daß dieser Punkt wegen seiner prozessualen Natur der Strafprozeßordnung zur Regelung überwiesen werden soll. Die Zurücknahme des Verlangens ist nicht vorgesehen, wäre aber wohl wünschenswert.

V. Eigener Vorschlag.

Unter Auswertung der gewonnenen Kritiken möchte Verfasser den Entwurf von 1927 dahin geändert wissen, daß in Abs. 1 die Worte „oder einen anderen zu verpflichten" gestrichen werden, und daß an Stelle des Begriffes „wissentlich" der Begriff „vorsätzlich" gebraucht wird. Sodann möchte er aus den eben erwähnten Gründen die Streichung des Abs. 2 empfehlen. § 348 würde demnach folgende Fassung erhalten:

---

[3]) Ebenso Mannheim a. a. O. S. 360; König a. a. O. S. 76; Jung a. a. O. S. 73

„Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen, vorsätzlich mißbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, wird mit Gefängnis bestraft.

„In besonders schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus bis zu fünf Jahren". —

An dem privilegierten Tatbestande brauchen keine Aenderungen vorgenommen zu werden.